الوسيط
في شرح القانون المدني

الجزء الثامن

حق الملكية
مع شرح مفصل للأشياء والأموال

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

الوسيط في شرح القانون المدني

(٨)

حق الملكية

مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية

ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

بيان

أفردنا هذا الجزء الثامن من الوسيط للكلام فى حق الملكية فى ذاته ، دون أسباب كسبه . أما أسباب كسب الملكية ، وكذلك الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) ، فمكانها الجزء التاسع .

وقد جعلنا هذا الجزء الثامن قسمين : بحثنا فى القسم الأول منهما الأشياء المادية ، ثم الأشياء غير المادية أى ما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية . وبحثنا فى القسم الثانى حق الملكية فى ذاته .

القسم الأول

الأشياء المادية والأشياء غير المادية

تمهيد (*)

١ – الأشياء وتقسيمها إلى مادية وغير مادية – الشيء والمال – نص قانوني : نمهد للكلام في حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه ببحث

(*) مراجع عامة في القسمين معاً (الأشياء وحق الملكية) : بودري وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥–أوبري ورو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ – بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ – بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ – دي باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨– كولان وكابيتان ودي لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ – جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ – هنري وليون وجان مازو دروس في القانون المدني جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ – مارتي ورينو ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ –كاربونييه جزء ٢ سنة١٩٥٩ – أنسيكلوبيدي داللوز جزء ١ سنة ١٩٥١ لفظ (Biens) وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ (Propriété) وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ (لفظ Succession) .

محمد كامل مرسي جزء أول في الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ وجزء ٢ في الحقوق المتفرعة عن حق الملكية سنة ١٩٤٩ – محمد علي عرفة في حق الملكية جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ – شفيق شحاتة في النظرية العامة للحق العيني سنة ١٩٥١ – عبد الفتاح عبد الباقي في دروس في الأموال سنة ١٩٥٦ – عبد المنعم البدراوي في الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ – حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية) الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ – إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية جزء أول الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ – عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤– منصور مصطفى منصور في حق الملكية سنة ١٩٦٥ .

وعند الإشارة إلى هذه المراجع يرجع إلى الطبعة المبينة أمام كل مرجع منها .

هذا وقد صدرت مؤلفات عدة تبحث في الملكية في القانون المدني العراقي ، نذكر هنا ما وقع منها تحت يدنا ليرجع إليها من يشاء البحث في هذا القانون : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية في العراق (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦٤) – حسن علي الزنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ – شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ – صلاح الدين الناهي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

وانظر أيضاً : عبد المنعم فرج الصدة في الملكية في قوانين البلاد العربية (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦١ – ١٩٦٤) – حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن (مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥) .

فى الأشياء ، إذ الشيء هو أكثر التصاقا وأشد ارتباطا بالحق العيني منه بالحق الشخصي . فالحق العيني سلطة قانونية مباشرة على الشيء محل الحق ، ومن ثم يتصل صاحب الحق بالشيء اتصالا مباشراً دون وسيط . أما الحق الشخصي فعلاقة تقوم بين دائن ومدين ، قد يكون محلها شيئا ولكن الدائن لا يتصل بالشيء اتصالا مباشراً وإنما يتصل به بوساطة المدين . وهذا يجعل الحق العيني – بخلاف الحق الشخصي – يتركز فى الشيء وينصب عليه انصبابا مباشراً ، ويستدعى أن نمهد كما قدمنا للكلام فى الحق العيني بالكلام فى الشيء .

والشيء ، فى نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية . فشرط الشيء إذن أن يكون غير خارج عن التعامل ، أى قابلا للتعامل فيه . وتنص المادة ٨١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ – كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » .

« ٢ – والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٣ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، وصار رقمه ٨١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته تحت رقم ٨١ ، بعد أن جرت مناقشة طويلة فى اقتراح تقدم به أحد أعضاء مجلس الشيوخ يرمى إلى إضافة فقرة للنص تقضى بجعل الكنائس والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها مملوكة للهيئة الدينية العليا ، وقد رفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٥٩٤ – ص ٦٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : م ٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ٦١ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

ويمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه شرطا في الشيء كما اعتبرناها هنا ، وهذا ما يبدو أن التقنين المدني الجديد قد ذهب إليه إذ تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد المادة ٨١ مدني سالفة الذكر : « وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال : فبين أن الشيء غير المال ، وأنه (أي الشيء) لا يعدو أن يكون محلا للحقوق المالية ، بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون »[1] . كما يمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه أساسا لتقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها ، فتكون الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أشياء في نظر القانون كسائر الأشياء ولكن لا يجوز أن يترتب عليها حقوق مالية .

وسواء أخذنا بالاعتبار الأول أو بالاعتبار الثاني ، فالمهم في كل من الاعتبارين أن نحدد الأشياء غير القابلة للتعامل فيها ، وهذه قسمان : (القسم الأول) أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهي كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجاري وأشعة الشمس إلخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها »[2] . (والقسم الثاني) أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأنها : « والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي ينص القانون على عدم جواز التعامل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ – وانظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١ ص ٣٩ – ص ٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ – وفي الاعتبار الثاني الذي يعترف بصفة « الشيء » للأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها ، لا يتدخل القانون – والقانون هنا هو القانون الإداري لا القانون المدني – إلا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضا ، ولا يرتب القانون حقوقا للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوق عليها إذ هي خارجة عن التعامل (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢) .

وإذا انقضى حق المؤلف في استغلال مصنفه بمضي خمسين سنة على وفاته ، وقع حق استغلال المؤلف في أيدي الناس كافة ، وكان لكل فرد الحق في نشر المؤلف واستغلاله . ولكن حق الاستغلال على هذا الوجه لا يدخل ضمن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها ، إذ أن الشيء هنا لا تستعصي طبيعته على الاستغلال ، بل هو أقرب إلى أن يكون شيئا مباحا يترتب عليه حق لأي فرد يتولى استغلاله .

فيها بوجه عام ، كالحشيش والأفيون والأشياء التى تدخل ضمن الأموال العامة . ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل فى هذه الأشياء ، كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة الخ »[1] .

والحقوق المالية التى يكون الشىء محلا لها كثيرة التنوع . فمنها الحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق . ومنها الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن وحق الامتياز . ومنها الحقوق الشخصية ، كحق المشترى فى تسلم المبيع وفى انتقال ملكيته إليه وحق المستأجر فى تسليم العين المؤجرة وفى تمكينه من الانتفاع بها وحق المؤجر فى استردادها وحق المقرض فى استرداد مبلغ القرض . ومنها الحقوق التى تقع على شىء غير مادى ، كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التى تسمى بالملكية الصناعية وبالملكية التجارية .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ – وقد كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط ، فى صدد الشىء غير القابل للتعامل فيه ، ما يأتى : « يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه .. إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشىء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته (أما إذا كان الشىء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له فهو مال مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه) . وقد يصبح التعامل ممكنا فى هذه الأشياء من بعض النواحى ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيميائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة ... وقد يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون ، أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشىء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب أو إليهما معاً ، ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فآثر أن يورد له نصاً . أوهو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مدعاة للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلة . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش . أوهو تحريم لأمر تقتضى ظروف البلاد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء » (الوسيط ١ فقرة ٢٢٧) .

وفى الفقه الإسلامى تدعى الأشياء التى يحرم التعامل فيها ، كالخمر ولحم الخنزير ، بالمال غير المتقوم .

وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقساما مبدئيا إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية. والأصل فى الأشياء أن تكون مادية، أى أن يكون لها حيز مادى محسوس، كالأرض والمبانى والمركبات والمواشى والمحصولات والمأكولات والمشروبات. ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية، ولكن تقدم الفكر البشرى مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية، أى أشياء غير ذات حيز محسوس، هى نتاج العقل البشرى من تأليف أدبى وفنى ومن مخترعات ومبتكرات فى الصناعة والتجارة. وإلى الأشياء غير المادية هذه تشير المادة ٨٦ مدنى عندما تقول: «الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة». وسنتناول الأشياء المادية والحقوق التى ترد عليها فى الباب الأول من هذا القسم، وفى الباب الثانى نبحث الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق.

وتمييزنا بين الشىء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشىء والمال. فالشىء غير المال: المال هو الحق المالى الذى يرد على الشىء، والشىء هو محل هذا الحق[1].

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «روعى فى هذا الفصل تمييز بين الأشياء والأموال. فالمال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق، سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية إلخ. أما الشىء، سواء أكان ماديا أم غير مادى، فهو محل ذلك الحق. وقد أريد بذلك تحاشى ما وقع فيه التقنين الحالى (السابق) ومعظم التقنينات الأجنبية من خلط بين الشىء والمال، مما جعل تلك التقنينات تعرف المال فى بعض نصوصها بأنه شىء ... وفى بعض النصوص الأخرى أنه حق. فأدى ذلك إلى إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً، فى حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٧).

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التي ترد عليها

---

٢ — تقسيمات الأشياء المادية وما يرد على هذه الأشياء من حقوق : قدمنا أن الأشياء المادية هي ماكان لها حيز مادي محسوس ، وهي كثيرة متنوعة ، بل هي الأصل الذي كان القانون لا يعرف غيره كما سبق القول . ولا يمكن حصرها إلا عن طريق تقسيماتها ، وهذا ما نخصص له الفصل الأول من هذا الباب . وفي الفصل الثاني نتناول الحقوق التي ترد على الأشياء المادية ، وهذه الحقوق هي الأموال ، فنقابل بذلك بين الشيء والمال .

ويلاحظ أن الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية لها هي أيضاً جانب مالي ، فيدخل هذا الجانب ضمن الأموال . ولكننا نفرد هذه الحقوق ببحث مستقل كما قدمنا ، لما لها من خصائص تميزها عن الحقوق المالية التي ترد على الأشياء المادية .

الفصل الأول

تقسيمات الأشياء المادية

٣ — تقسيمات مختلفة : للأشياء المادية تقسيمات مختلفة . فالشيء إما أن يكون قابلا للاستهلاك أو غير قابل له ، وإما أن يكون مثليا أو قيميا ، وإما أن يكون عاما أو خاصا . ولكن هناك تقسيما للأشياء المادية يعتبر أهم تقسيماتها جميعا ، وهو تقسيم الشيء إلى عقار منقول[1] . فنفرد لهذا التقسيم الفرع الأول .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد تقسيمات الأشياء المادية وغير المادية ، ما يأتي : « وقد بدأ المشروع بتعريف الشيء الذي يصلح محلا للحقوق المالية ذ...

لأهميته ، وفى الفرع الثانى نتناول التقسيمات الأخرى التى سبقت الإشارة إليها »

الفرع الأول

تقسيم الأشياء المادية إلى عقار ومنقول

٤ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل شيء مستقر بحيزه ، ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

« ٢ — ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله »(١) .

— المادة ١١١ (م ٨١ مدنى) . وقسم الأشياء إلى عقار منقول فى المادة ١١٢ (م ١٨٢ مدنى) ، ثم بين كيف تتعدى صفة العقار المنقول إلى المال ذاته ، أى الحق المترتب على الشيء ، فى المادتين ١١٣ و ١١٤ (م ٨٢/٢ و ٨٢ مدنى) . ثم نظر إلى تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، وإلى مثلية وقيمية ، مكتفيا بتعريف الشيء القابل للاستهلاك فى المادة ١١٥ (م ٨٤ مدنى) والشيء المثلى فى المادة ١١٦ (م ٨٥ مدنى) . ثم انتقل إلى بيان أنواع الأموال ، فعرف الأموال المعنوية فى المادة ١١٧ (م ٨٦ مدنى) والأموال العامة فى المادتين ١١٩ و ١٢٠ (م ٨٧ — ٨٨ مدنى) — وقد أهمل المشرع فى هذا الفصل بعض مواد التقنين الحالى (السابق) كالمادة ٦/٢٠ — ٢١ التى أشارت إلى تقسيم الأموال إلى ملك وخراجية لانعدام الفائدة منها ، والمادة ٥/١٩ التى بينت الحقوق العينية المختلفة اكتفاء بتخصيص القسم الثانى من المشروع لتفصيل أحكام هذه الحقوق ، الأصلية منها فى الكتاب الأول .. والتبعية فى الكتاب الثانى .. ، والمادة ٨/٢٣ — ٢٤ التى تعرف المال المباح وتنظم الاستيلاء عليه لتناول هذا الموضوع فى مكانه الطبيعى بين أسباب كسب الملكية ... وقد راعى المشرع فيما استبقاه من مواد التقنين الحالى (السابق) إصلاح عباراتها لتلافى ما وجه إليها من نقد ، مع توخى الدقة فى التعريف والقصد فى التعبير (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٢ وفى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ١١٢ — ١ — يكون عقارا كل شيء له مستقر ثابت ، بحيث لا يمكن نقله دون تلف . ٢ — وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . م ٢/١١٤ : ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله » . وفى لجنة المراجعة أدمجت فقرتا المادة ١١٢ فى فقرة واحدة ونقلت الفقرة الثانية من المادة ١١٤ لتكون فقرة ثانية فى المادة ١١٢ ، وعدل النص فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا كلمة « بالتخصيص » الواردة فى الفقرة الثانية فقد أضافتها لجنة مجلس الشيوخ . وأصبح رقم المادة ٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق —

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢ – ١٦/٤ – ١٨[1]

= مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٤ . فى لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرمى إلى إضافة العبارة الآتية إلى آخر الفقرة الثانية : « على أنه لا يسوغ الحجز عليه منفرداً عن العقار المخصص له » ، تمشيا مع المادة ٤ من التقنين المدنى السابق . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح « لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى ، ونتائج التخصيص قد تظهر فى البيع والقسمة والوصية ، ولذلك آثرت اللجنة أن تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاقها الحالى » . ومن ثم وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون الإضافة المقترحة ، وأصبح رقمه ٨٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٥ – ص ٤٦٩).

(١) التقنين المدنى السابق م ٢ /١٦ : الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا . والتعبير فى القانون بلفظ أمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

م ١٨/٤ : إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها ، متى كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها إذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالا ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به .

وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بيان واف لما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على نصوص التقنين المدنى السابق ، إذ تقول : « قسمت المادة .. الأشياء التى يصح أن تكون محلا لحقوق مالية إلى أشياء ثابتة (أو عقارات) وأشياء منقولة .. ولم تتعرض لتقسيم الأموال من هذه الناحية ، فحذفت العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحالى (السابق) التى نصت على الحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية ، إذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالا لا أشياء ، وقد نص عليها المشروع فى المادة التالية . وعرف النص العقار بأنه كل شىء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق ذلك على كل شىء حائز لصفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانع . ولما كان الحكم واحدا فى كلتا الحالتين ، فقد رؤى حذف هذه العبارة ... وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التى يضعها المالك فى عقار يملكه رصدا على خدمة العقار أو استغلاله ، فاعتبرها أموالا عقارية ، وهى المعروفة فى الفقه بأنها العقارات بالتخصيص . وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها ، كما فعل التقنين الحالى (السابق) ، على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع (م ١٨/٤) ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية الخ . ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٤ ، وفى التقنين المدنى الليبي م ٨٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٢ — ٦٣ ، وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١ — ٣[1] .

٥ — فيصل التفرقة بين العقار والمنقول : ويؤخذ من النص سالف الذكر أن فيصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الأشياء . فالعقار

= ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك ... ولم ير المشروع أن يجعل أثر إلحاق صفة العقار بالتخصيص قاصراً على عدم جواز الحجز على المنقول الذى تلحق به هذه الصفة ، حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤ (مطابق) — وانظر أيضاً م ٨٦ .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢ : ١ — العقار كل شىء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية . ٢ — والمنقول كل شىء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة .

م ٦٣ : يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله .(وأحكام التقنين العراقى تطابق أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١ : العقارات على ثلاث فئات ، العقارات بطبيعتها ، والعقارات بتخصيصها ، والعقارات غير المادية .

م ٢ : العقارات بطبيعتها هى الأشياء المادية التى يكون لها ، بالنظر إلى جوهرها ، موقع ثابت غير متنقل ، كالأراضى والمناجم والنباتات المتأصلة فى الأرض (مادامت لاصقة بها) والأبنية — ولا يقصد بلفظ « أبنية » المبانى فقط (كبيوت السكن) والمخازن والمصانع والمعابر والأهراء إلخ .. بل المنشآت الفنية أيضاً على أنواعها كالجسور والآبار والأفران والسدود ، والخزانات ، والأنفاق الخ ... وبصورة أعم كل ما جمع من مواد البناء ، فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة ، سواء كان ذلك على ظاهر الأرض أو فى باطنها — وجميع الأجهزة والقطع إلخ .. اللاصقة بالبناء والمعدة لإتمامه ، كالشرفات والبلكونات والمزاريب وحراب الصواعق وقساطل جر المياه ، تعتبر عقارات بطبيعتها .

م ٣ : العقارات بتخصيصها هى أشياء تعتبر بذاتها منقولات ، إنما هى من متممات عقار بطبيعته ، بشرط : (١) أن تكون والعقار بطبيعته المالك واحد . (٢) أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه أعم لخدمة العقار التى تكون هذه الأشياء من متمماته .

(انظر أيضاً المواد ٥ — ٩ فى العقارات الملك والعقارات الأميرية والعقارات المتروكة المرفقة والعقارات المتروكة المحمية والعقارات الخالية المباحة) .

(وأحكام القانون اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام القانون المصرى) .

هو الشيء الثابت المستقر بحيزه . بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا إذا هدم أو اقتلع . ومن ثم لا يمكن نقله دون تلف والأرض هي خير مثل للعقار لأنها ثابتة مستقرة بحيزها . وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنما يكون ذلك بتفتيت سطحها وانتزاع بعض الأتربة أو الصخور . وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بحيزه . ولا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر إلا بهدمه أو بهدم أجزاء منه . والأشجار والغراس عقار . ولا يمكن نقلها إلا باقتلاعها من الأرض التي هي مغروسة فيها[١] .

ولم يعرف التقنين المدني المنقول تعريفا مباشراً كما فعل في تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول : «كل ما عدا ذلك (أي ماعدا العقار) من شيء فهو منقول»[٢] . فالمنقول إذن ، بمفهوم المخالفة ، هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، لأنه شيء غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه . وتعرف المادة ٦٢ مدني عراقي[٣] المنقول بأنه «كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة» . ففيصل التفرقة إذن بين العقار والمنقول يرجع كما قلنا إلى طبيعة الشيء ذاته . فإن كان بطبيعته لا يقبل النقل دون تلف فهو عقار ، وإن كان بطبيعته يقبل النقل دون تلف فهو منقول .

على أن هذا الفيصل الواضح المستمد من طبيعة الأشياء منزاه غير واضح

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «ولا يعتبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف . فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المباني التي لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة ..» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : «وقد اكتفى المشروع ، كالتقنين الحالي (السابق) ، بتعريف الشيء الثابت ، واعتبار كل ما عداه منقولا . وقد كان في وسعه أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً ... ولكنه خشي أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء ... وكان في الوسع أن يعرف المشروع المنقول تعريفا مباشراً وأن يترك تعريف العقار يستنبط من طريق غير مباشر ... ولكنه آثر خطة التقنين الحالي (السابق) نظراً لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية في جملة التشريع المصري» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤ في الهامش .

عندما يمتد التقسيم من الأشياء إلى الأموال فيما سيجيء . فالأموال هي الحقوق كما قلمنا . والحق بطبيعته شيء معنوى لا شيء مادى ، وليس يتصور أن يكون الحق وهو الشيء المعنوى قابلا للتحرك دون تلف أوغير قابل لذلك ، ومع هذا سيأتى أن الأموال – أى الحقوق – تنقسم هي أيضاً بدورها إلى عقار ومنقول . وهنا نلجأ إلى فيصل آخر للتفرقة لا نستمده من طبيعة الأشياء بطريق مباشر . بل نستمده من طبيعة الشيء الذى يكون محلا للحق . وإذا كان فيصل التفرقة لا يزال حتى هنا مستمداً من طبيعة الأشياء ولو بطريق غير مباشر . فإنه ينفصل تماما عن طبيعة الأشياء ، بل يناقضها ، فى حالتين استثنائيتين : فى حالة منهما يعتبر المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص[1]، وفى الأخرى على العكس من ذلك يعتبر العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .

ولم يكن فيصل التفرقة المستمد من طبيعة الأشياء بين العقار والمنقول مراعىً بدقة فى القديم . فقد كان القانون الفرنسى القديم لا يعتبر عقارا إلا العقارات ذات القيمة التى تتميز بأنها تغل دخلا كبيراً ولها من الاستقرار والدوام ما يجعلها ذات شأن، ويتحقق ذلك بوجه خاص فى الأرض وفى المبانى القائمة فى المدن الكبيرة . أما العقارات الأخرى الأقل أهمية ، كبعض المبانى الريفية والأشجار التى لا تحمل ثمراً ، فكانت تعتبر منقولا ويسرى عليها حكم المنقولات ، وبخاصة فى الميراث . فلم يكن إذن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه يعتبر عقارا ، بل كانت هناك أشياء ثابتة لا يمكن نقلها دون تلف ومع ذلك كانت تعتبر منقولا لتفاهة قيمتها ، إذ كان المنقول فى تلك الأزمان عنوانا لتفاهة القيمة[2] . كذلك ، مع الزمن ، وجدت منقولات بطبيعتها ذات قيمة كبيرة ،

---

(١) ويبدو أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى لم يكن يعتبر العقار بالتخصيص من تقسيمات الأشياء ، بل من تقسيمات الأموال . فإن الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من هذا المشروع كانت تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (انظر آنفاً فقرة ٤ فى الهامش) . فعدل هذا النص فى لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى ، وبعد أن كان العقار بالتخصيص مقصوراً على الأموال امتد فأصبح يشمل الأشياء .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٦٤ ص ٦٨ – ص ٦٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٦١٨ .

كبعض الوظائف (offices) والإيرادات المرتبة (rentes constituées). فاعتبرت عقاراً تحوطها ضمانات العقار لعلو قيمتها .

٦ — ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء إلى عقار منقول :
وقبل أن ننتقل إلى الكلام تفصيلا فى كل من العقار والمنقول ، نذكر أن هناك نتائج تترتب على تحديد ما إذا كان الشيء — أو المال أى الحق المترتب على الشيء — يعتبر عقاراً أو منقولا . وهذه النتائج كثيرة نكتفى بذكر أهمها ، ونرجعها إلى أمرين أساسيين :

(الأمر الأول) يرجع إلى طبيعة الأشياء . ذلك أن العقار له مقر ثابت كما قدمنا ، والمنقول ليس له مقر ثابت بل ينتقل من مكان إلى آخر . وينبنى على هذا الفرق الطبيعى نتائج متعددة ، نذكر منها ما يأتى :

١ — يمكن تنظيم إجراءات التسجيل والقيد بالنسبة إلى العقار لأن له مقراً ثابتا ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى المنقول فليس له مقر ثابت . ومن ثم تسرى قواعد التسجيل والقيد على العقار ، أما المنقول فتسرى عليه قواعد الحيازة لأنه لا يحتويه مكان ثابت ولا ينضبط التعامل فى شأنه إلا بالحيازة . على أن هناك منقولات بلغت من الضخامة والأهمية ما يمكن معه تحديد مكان ثابت لها حتى إذا انتقلت ، كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والسيارات والمتاجر ، فهذه تخضع لنوع من الشهر يضاهى التسجيل والقيد فى العقارات ، إذ أن لها من ميزة التعيين الذاتى ما للعقار .

٢ — دعاوى الحيازة تحمى العقار دون المنقول ، وذلك بفضل ما للعقار من مقر ثابت .

٣ — هناك حقوق لا يمكن أن تقع إلا على عقار بفضل مقره الثابت ، من ذلك حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر .

٤ — الشفعة بسبب الجوار تفترض أن كلا من المشفوع فيه والمشفوع به ملاصق للآخر ، وهذا لا يكون إلا فى العقار بفضل مقره الثابت .

٥ — الوقف — ولا يوجد الآن منه إلا الوقف الخيرى — مؤبد فيقتضى

أن يكون للشيء الموقوف استقرار وثبات . ومن ثم يجوز وقف العقار إطلاقا ، ولا يجوز وقف المنقول إلا إذا تعورف وقفه كالكتب .

٦ — فى القانون التجارى ، لا تعتبر بوجه عام أعمالا تجارية إلا الأعمال المتعلقة بالمنقولات ، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فإنها لا تعتبر أعمالا تجارية . ويقال عادة فى تبرير ذلك إن الأعمال التجارية تقتضى سرعة تداول المال وتبسيط الإجراءات ، وهذا ما تستجيب له طبيعته المنقول إذ الحركة من خصائصه ، وما تستعصى عليه طبيعة العقار الثابت المستقر . ولكن هذا التبرير أخذ فى الوقت الحاضر يفقد كثيراً من وزنه ، وهناك ميل واضح فى الفقه التجارى إلى إدخال أعمال تتعلق بالعقار ضمن الأعمال التجارية .

٧ — فى قانون المرافعات ، تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هى المحكمة التى يوجد فى دائرتها العقار ، لأن للعقار مقراً ثابتا يتيسر معه تحديد المحكمة المختصة على هذا الوجه . أما المنقول فليس له مقر ثابت ، فيتعذر أن تكون المحكمة المختصة فى شأنه المحكمة التى يوجد فى دائرتها المنقول ، ولم يبق إلا أن تكون المحكمة التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٨ — فى القانون الدولى الخاص ، القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى العقار واحد لا يتغير ، إذ هو قانون موقعه (lex rei sitae) وموقع العقار ثابت فى مكان واحد . أما بالنسبة إلى المنقول فإن القانون الواجب التطبيق يتغير بتغير الجهة التى يوجد فيها المنقول ، وقد نصت المادة ١٨ مدنى على أنه « .. يسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » .

(والأمر الثانى) يرجع إلى فكرة قديمة عن المنقول لم تعد صحيحة فى الوقت الحاضر ، ولكنها خلفت آثاراً لا تزال قائمة إلى اليوم . فقد كان المنقول فى القديم يعتبر شيئا تافه القيمة بالنسبة إلى العقار ، فالعقار وحده هو الشيء النفيس ، أما المنقول فهو الشيء الخسيس (Res mobilis, res vilis – Vilis mobilium possessio) . وقد كان ذلك صحيحا فى وقت كانت فيه الأرض هى دعامة الثروة ، ولم تكن الصناعة أو التجارة قد بلغت

تقدما محسوسا . أما اليوم ، مع وصول الصناعة والتجارة إلى الذروة من التقدم فى كثير من البلاد المتقدمة اقتصاديا ، ومع نهضتها المشهودة حتى فى البلاد التى بدأت تعالج ما يحيط بها من تخلف اقتصادى ، لم يعد الأمر صحيحا . فهناك منقولات كبيرة القيمة ، بل وتزيد فى قيمتها على العقارات ، من ذلك الأسهم والسندات والأوراق التجارية والأوراق المالية بوجه عام والمتاجر . ولم تتطور القوانين بالسرعة التى تطورت بها الحياة الاقتصادية ، وقد تخلف عما كان يحيط العقار فى الماضى من جلال والمنقول من مهانة آثار نذكر منها ما يأتى :

١ — الولاية على مال الصغير تضيق فى العقار عما هى فى المنقول . فلا يجوز للولى مثلا أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال) ، أما المنقولات فيجوز له أن يتصرف فيها بما يدخل فى أعمال الإدارة (م ٣٩ ثانيا قانون الولاية على المال) . ولا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار ابنه القاصر إذا زادت قيمته على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، وهنا أضاف القانون إلى العقار تمشيا مع التطور الاقتصادى الحديث المتجر والأوراق المالية فنصت المادة ٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة » .

٢ — دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش لا تكون إلا فى بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ؛ أما إذا كان المبيع منقولا فلا يعتد بالغبن حتى لو كان فاحشا (م ٤٢٥ مدنى) .

٣ — إذا كان الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح ، فإنه يمتلك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يتملك العقار إلا بحيازة تدوم خمس سنوات .

٤ — لا تجوز الشفعة إلا فى العقار ، سواء كانت بسبب الجوار أو بسبب الشيوع . أما فى المنقول فلا تجوز الشفعة ، ويحل محلها استرداد الحصة الشائعة فى الشيوع .

٥ — فى تصفية التركة إذا وجب بيع أموالها لسداد ديونها ، يباع المنقول أولا ، فإذا لم يكف بيع العقار (م ٨٩٣ مدنى) . كذلك فى بيع مال المفلس

يبيع السنديك المنقول دون حاجة إلى إذن ، ولا يبيع العقار إلا بعد إذن القاضي .

٦ – في قانون المرافعات ، الحجز على العقار تحوطه ضمانات أكثر من الضمانات التي تحوط الحجز على المنقول ، والحجز العقاري أكثر تعقيداً وأطول إجراءات من حجز المنقول .

٧ – في القانون الدولي الخاص ، من حيث حقوق الأجانب ، كثيراً ما يمنع القانون الأجانب من تملك العقارات دون المنقولات ، وبخاصة كثيراً ما يمنع القانون الاجانب من تملك الأراضي الزراعية كما هو الأمر في مصر .

ونتكلم الآن بالتفصيل في العقار ، ثم في المنقول .

المبحث الأول

العقار

٧ – العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص : يعرف التقنين المدني المصري نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص .

والأصل هو العقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فهو في حقيقته منقول بطبيعته ، ولكنه الحق بعقار معين رصداً كما قدمنا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، فهو عقار لا بمادته وطبيعته ولكن بالتبعية والتخصيص .

المطلب الأول

العقار بطبيعته

(Immeuble par nature)

٨ – أنواع العقار بطبيعته : قدمنا أن العقار بطبيعته هو الأصل في العقار ، فهو إذن « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف » . وأول ما يصدق ذلك على الأرض ، وإذا كان العقار بطبيعته هو الأصل في العقار فالأصل في العقار بطبيعته هو الأرض ، فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى مكان مع الاحتفاظ بذاتيتها . يمكن نقل أجزاء من الأرض ، بأن تقتلع بعض صخورها أو تحفر بعض أتربتها ، ولكن هذه الصخور والأتربة التي انتقلت من مكان إلى آخر ليست هي الأرض ذاتها ،

بل هى كانت أجزاء من الأرض وقد فقدت ذاتيتها وتحولت إلى منقول منذ انتزعت من الأرض ونقلت إلى مكان آخر ، وتبقى الأرض بعد كل ذلك وبعد أن تنتزع منها بعض أجزائها ثابتة فى مكانها لا تتحول .

فالأرض إذن هى الأصل فى كل عقار بطبيعته . ثم قد تنبت الأرض ثمراً أو تغرس فيها أشجار ، فهذا النبات الذى اندمج فى الأرض وأصبح جزءاً منها هو أيضاً عقار بطبيعته مادام ثابتا فى الأرض . أما إذا اقتلع منها فإنه يصبح منقولا . وقد تقام منشآت فوق سطح الأرض أو فى باطنها ، فهذه المنشآت تتصل بالأرض اتصال ثبات وقرار وقد اندمجت فيها ، ولا يمكن نقلها من مكانها إلى مكان آخر إلا إذا هدمت ، أى أنه لا يمكن نقلها دون تلف ، فهى أيضاً عقار بطبيعته .

فالعقار بطبيعته أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت .

٩ — **الأرض** : أى أرض ، سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا فضاء ، وسواء كانت فى المدن أو فى الريف ، وسواء كانت أرضا حجرية أو جيرية أو رملية ، هى عقار بطبيعته ، إذ أن لها مكانا ثابتا لا تتحول عنه على الوجه الذى أسلفناه . وتشمل الأرض (fonds) سطحها (surface) دون ما يقام فوق السطح (superficie) من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها (tréfond) بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك .

فالمناجم والمحاجر هى إذن جزء من الأرض ، ومن ثم تعتبر عقارا بطبيعته . فإذا استخرجت المعادن من المناجم : كالحديد والنحاس والفحم والذهب والنفط ، أو اقتلعت الأحجار من المحاجر ، فإن هذه وتلك تصبح منقولا كما سبق القول . وكان القضاء فى مصر يقضى ، قبل صدور القانون الخاص بالمناجم والمحاجر ، بأن المناجم (mines, minières) والمحاجر (carrières) تعتبر عقارات بطبيعتها ، وذهب الفقه تبعا لذلك إلى أن لصاحب المنجم أن يبيعه أو يرهنه مستقلا عن سطح الأرض[1] . ثم صدر فى أول أغسطس

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٦ – هالتون ١ ص ١٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١ ص ٤٢ .

سنة ١٩٤٨ القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ وهو أول تشريع خاص بالمناجم والمحاجر ، فأكد هذه الأحكام ، إذ نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر المناجم أموالا ثابتة ، وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الآلات والآبار والمغارات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم . على أن المعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات »[1] . ثم صدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وهو آخر تشريع خاص بالمناجم والمحاجر ، وقد فصل بين ملكية سطح الأرض ، وبين ملكية ما يوجد فى باطنها من المواد المعدنية وخامات المحاجر فجعلها ملكاً للدولة ولو كانت فى أرض مملوكة للأفراد . إذ نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصرية والمياه الإقليمية . وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء — الأحجار الجيرية والرملية والرمال — التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » . ولكن هذا القانون منح بعض المزايا لمالك السطح ، إذا هو أراد استغلال المواد المعدنية أو خامات المحاجر الموجودة فى باطن أرضه . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعفى مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية فى أرضه من قيد اسمه فى سجل الكاشفين المشار إليه فى المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير فى البحث والاستغلال متى طلب ذلك ، ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعفى فى حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه فى المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه ... وفى حالة الترخيص فى الاستغلال للغير يكون لمالك السطح الحق فى الحصول على نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمحاجر » . وفيما يتعلق بالمزايا الممنوحة لمالك السطح إذا أراد استغلال خامات المحاجر ، نصت المادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « يجوز لمصلحة المناجم والمحاجر أن ترخص لمالك الأرض الموجود بها مواد البناء أن يستخرج هذه المواد بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع إعفائه من الإيجار والإتاوة . ويكون للمالك الأولوية على الغير فى الحصول على الترخيص فى الاستغلال عن الأرض

---

(١) وتعتبر آلات النقل والجر ووسائله المخصصة لاستغلال المناجم عقارا بالتخصيص لا عقارا بطبيعته ، وتعتبر المحاجر عقارات بطبيعتها وإذ كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ لم ينص صراحة على ذلك كما فعل بالنسبة إلى المناجم (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١ ص ٢٤) .

للملوكة له ، وفى هذه الحالة يعفى من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه .. وفى هذه الحالة يكون لصاحب الأرض الحق فى الحصول على نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمحاجر » . وسنعرض لهذه المسائل تفصيلا عند الكلام فى المناجم والمحاجر .

أما الكنوز المدفونة أو المخبوءة فى باطن الأرض فهى منقولات بطبيعتها مدفونة أو مخبوءة ، فليست هى إذن جزءاً من الأرض حتى تكون عقارا . وقد نصت المادة ٨٧٢ مدنى على أن « ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خاصا للواقف ولورثته » . والآثار تكون عقاراً بطبيعته إذا كانت بناء مثبتا فى الأرض (م ٢ و٣ و٥ و٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار) ، وتعتبر آثارا عقارية الآثار المنقولة المثبتة فى الأرض أو التى يصعب نقلها (م ٥ من قانون الآثار) .

١٠ — النبات : وكل ما تنبته الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، يكون عقارا بطبيعته مادامت جذوره ممتدة فى باطن الأرض .

فما يغرس من شجر ونخيل يكون عقارا بطبيعته لاندماجه فى الأرض . حتى لو كان الشجر من أشجار المشاتل (arbres des pépinières) التى تغرس فى الأرض موقتا ثم تنتزع منها بعد وقت قصير لتنقل إلى أرض أخرى . فما دامت المشاتل مستقرة فى الأرض لم تنزع ، فى المدة القصيرة التى يراد لها فيها أن تبقى ، فإنها تحتفظ بصفتها العقارية إلى أن تنزع فعندئذ تصبح منقولا . وقد تنقل أشجار المشاتل من أرض إلى أخرى لتتقوى وتتغذى تغذية كاملة قبل بيعها ، فتكون عقارا بطبيعته حتى بعد نقلها إلى الأرض الأخرى ، وذلك إلى أن تنزع نهائيا من الأرض عند البيع[1] . ولكن النباتات التى توضع فى الأوعية والقصارى تكون منقولا لأن جذورها لا تمتد إلى باطن الأرض بل تبقى محتواة فى الأوعية والقصارى ، حتى لو كانت هذه الأوعية والقصارى

(١) بودرى وشوفو فقرة ٤٧ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ .

مدفونة فى الأرض[١] . وكذلك تعتبر منقولا النباتات التى توضع موقتا فى الأرض حتى لا تجف ، انتظارا لبيعها أو لنقلها إلى مكان آخر لغرسها ، فإن هذه النباتات لا تمتد جذورها إلى باطن الأرض ولا تندمج فيها ، والأرض إنما تقيها لا تغذيها[٢] .

وكل الثمار والمحصولات والمزروعات التى تنبت مباشرة فى الأرض وتمتد جذورها فيها تعتبر عقارا بطبيعته لاندماجها فى الأرض ، وكذلك تعتبر عقاراً بطبيعته الفاكهة والأثمار التى تنبتها الأشجار والنخيل المغروسة فى الأرض والتى هى بدورها عقار بطبيعته كما سبق القول . فإذا ما جنيت المحصولات وقطعت الثمار والفاكهة ، فإنها تصبح منقولا حتى لو بقيت فى الأرض دون أن تنقل[٣] .

وكل هذا النبات بأنواعه المختلفة ، من أشجار ونخيل وثمار ومحصولات وفاكهة وما إلى ذلك ، إنما يكون عقارا بفضل اندماجه فى الأرض ، فالأرض هى التى تغذيه وهى التى تضفى عليه صفة العقار (Fructus pendantes pas funde esse vendintur) .

فإذا زال اندماجه بالأرض ، بأن قطع أو فصل ، زالت عنه صفة العقار . ويستوى أن يكون الذى غرس النبات هو مالك الأرض أو المستأجر أو الغير ، ويستوى كذلك أن يكون قطع النبات أو فصله قد وقع بفعل فاعل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ – كذلك لا تعتبر عقاراً بالتخصيص حتى لو كان مالك الأرض هو الذى وضعها ، لأنها ليست مخصصة لخدمة الأرض أو استغلالها (بودرى وشوفو فقرة ٨٧ ص ٨٠ هامش ٣ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤) .

(٢) دبرانتون ٤ فقرة ٤٤ – ديمولومب ٩ فقرة ١٤٧ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ – بودرى وشوفو فقرة ٤٧ ص ٤٢ .

(٣) وتنص المادة ٥٢٠ مدنى فرنسى فى هذا المعنى على أن « المحصولات القائمة على جذورها وثمار الأشجار التى لم تقطف بعد تكون هى أيضاً عقاراً ، وبمجرد أن تقطع الحبوب وتفصل الثمار فإنها تصبح منقولا حتى لو لم تنقل من الأرض . وإذا لم ينتزع إلا جزء من المحصولات ، فإن هذا الجزء وحده هو الذى يصبح منقولا » . وتنص المادة ٥٢١ مدنى فرنسى على أن « الأخشاب التى تقطع عادة من الأشجار المشذبة (المقلمة) أو من الأحراش التى أعدت للقطع لا تصبح منقولا إلا بقطعها واحدة بعد الأخرى » .

سواء كان المالك أو غيره ، أو وقع بغير صنع الإنسان كما إذا أوقعته المواشى أو الهواء أو وقع من تلقاء نفسه بسبب نضجه[١]. ولا عبرة بقيمة النبات ، فالأحكام سالفة الذكر تنطبق على الأشجار الكبيرة والنخيل كما تنطبق على الأشجار الصغيرة وأقل المحصولات قيمة وأصغرها شأناً[٢] .

١١ – المبانى والمنشآت : والمبانى والمنشآت هى أيضاً عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض . والاندماج (incorporation) هو الذى يضفى عليها صفة العقار ، فالأرض إذن هى مصدر الصفة العقارية للمبانى والمنشآت كما هى مصدر هذه الصفة للنبات . وتختلف المبانى والمنشآت عن النبات فى أن الأولى إنما تندمج فى الأرض بفعل الإنسان ، فلابد من تشييدها بصنع صانع . أما النبات فاندماجه فى الأرض يضاف فيه إلى فعل الإنسان فعل الطبيعة ، فإذا وضعت البذور فى الأرض أوغرست الأشجار بفعل الإنسان قامت الطبيعة بعد ذلك بدورها فى إنبات البذور وفى تنمية الأشجار . ذلك بأن النبات كائن حى ينمو ويترعرع ، بخلاف المبانى والمنشآت فهى جماد لاحياة فيها .

والمبانى والمنشآت قبل تشييدها فى الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته . فكانت منقولا[٣] . فهى كميات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التى تستعمل فى البناء . ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندمجت فى الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت[٤].

---

(١) چوسران ١ فقرة ١٣٤٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ – فقرة ٣٥ .

(٢) چوسران ١ فقرة ١٣٤٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٥١٢ .

(٤) فإذا هدم البناء أو انهدم ، فإن الأنقاض تصبح منقولا كما كانت قبل أن يشيد البناء أول مرة ، وذلك حتى لوكان المالك قد أراد من الهدم إعادة البناء وأعاده فعلا ، فإن الأنقاض تبقى منقولا حتى يعاد بناؤها ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥٣٢ مدنى فرنسى إذ تقول : « الأنقاض الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولا إلى أن يستخدمها العامل فى تشييد البناء » . (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٣ – بودرى وشوفو فقرة ٤٢ وفقرة ١٢٢ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٣) . على أنه إذا انتزع باب مثلا من البناء لإصلاحه وإعادته فور إصلاحه ، فإن الباب فى مدة انفصاله المؤقت عن البناء يبقى عقاراً –

ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمحالج والجاراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التى تشيد عادة فوق سطح الأرض . ويشمل ذلك أيضاً الجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر وغير ذلك من الأعمال الهندسية اللازمة للرى ولغيره من الأغراض . وليس من الضرورى أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض، بل يصح أن تكون مشيدة فى باطنها . فتعتبر منشآت ، ومن ثم تكون عقارا بطبيعته ، الأنفاق والمجارى والآبار التى تحفر لاستغلال المناجم والمواسير والأنابيب المدفونة فى باطن الأرض . فالمنشآت إذن هى مجموعة من مواد البناء شيدت على سبيل القرار فاندمجت فى الأرض ، سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت فى باطنها .

واندماج المبانى والمنشآت فى الأرض هو الشرط الضرورى لإضفاء صفة العقار عليها ، وهو فى الوقت ذاته شرط كاف . فلا يشترط إذن أن يكون من شيد المنشآت هو مالك الأرض نفسه ، فقد يكون صاحب حق انتفاع أو مستأجرا أو دائنا مرتهنا أو حائزاً بحسن نية أو بسوء نية أو مغتصباً أو غير ذلك . وأيا كان من شيد المنشآت ، المالك أو غيره ، فإن المنشآت بمجرد تشييدها واندماجها فى الأرض تصبح عقارا بطبيعته[1] . كذلك لا يشترط أن تكون المنشآت مشيدة على سبيل الدوام (à perpétuelle demeure) ، فقد تكون منشآت موقتة ومع ذلك تصبح عقارا متى اندمجت فى الأرض

= (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص١٧ هامش ١٩ – محمد على عرفة فقرة ٤٨ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ – عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن الباب ، إذا انتزع من مكانه لإصلاحه ، يعتبر منقولا ملحقاً بالبناء ، فتسرى عليه القاعدة التى تقضى بأن الفرع يتبع الأصل (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٢) .

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٩ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٥٢ – مصر المختلطة أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ٢٣١ ص ١٥٤ – نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٧٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٢ – بودرى وشوفو فقرة ٢٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ ص ٧٦ – جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧ ص ٤٦ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ . وإذا شيد المنشآت غير المالك ، فإن هذا يثير مسألة أخرى غير مسألة طبيعة المنشآت وأنها عقار ، وهذه المسألة هى من يملك هذه المنشآت ، وستكون موضع للبحث عند الكلام فى الالتصاق كسبب لكسب الملكية

على سبيل القرار (à demeure) . ففى المعارض تقام عادة منشآت موقتة من مبان وحوانيت وأعمال هندسية أخرى ، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة شهور أو بضعة أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت وقد شيدت على أن تكون موقتة لا تدوم إلا بدوام المعرض ، ومع ذلك تعتبر مادامت قائمة عقارا بطبيعته ، حتى إذا انتهى المعرض وهدمت فإن الأنقاض تصير منقولا[١] .

على أنه يشترط كما قدمنا ، لتكون المنشآت عقارا ، أن تكون مشيدة على سبيل القرار ، فيكون لها أساس ثابت فى الأرض حتى تكون مندمجة فيها[٢] . ومن ثم تكون أكشاك الاستحمام (cabines de mer) وهى مقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ويمكن نقلها من مكان إلى مكان آخر دون تلف ، منقولا لا عقارا[٣] . كذلك يعتبر منقولا المنشآت المتنقلة (constructions volantes) فوق سطح الأرض تبقى مدة قصيرة ثم تنتقل إلى مكان آخر ، وتشد عادة إلى الأرض بحبال حتى تقاوم هبوب الريح ، وذلك مثل أكشاك الأسواق والمعارض (baraques de foire) وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة وخيمة السرك المتنقل والأكشاك الخشبية التى تقام فى الأعياد والموالد إذا لم تثبت فى الأرض[٤] .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧ ص ٢٥ – پلانيول وريپير وپيكار فقرة ٧٣ ص ٧٦ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٣٨ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ – وقد يحصل شخص على رخصة موقتة بالبناء فى ملك عام ، فالبناء الذى يقام يعتبر عقاراً بطبيعته وإن كان موقتا بالرخصة ومصيره حتما الهدم (نقض فرنسى ٩ نوفبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ – ١ – ٥٢٥) . كذلك يعتبر عقاراً البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة ، وإن كان مصيره الهدم بعد انتهاء مدة الإيجار (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ – نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ – ١ – ٢٣٦ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ – سليمان مرقس : فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٦) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يعتبر الشىء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، فالأكشاك التى يمكن حلها وإقامتها فى مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة ، أما المبانى التى لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٣) المنصورة الجزئية المختلطة ٢٧ نوفبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٧ ص ٤٥ – ص ٤٦ – عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ – ٥٣٧ – بودرى وشوفو فقرة ٢٦ ص ٢٤ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٣ . پلانيول وريپير وبولانچيه ١ –

وأجزاء البناء المكملة له فلا يكون البناء كاملا بلونها ، إذا اندمجت فيه اندماجا ثابتا لا يزول إلا بالفك أو بالهدم ، تكون كالبناء عقارا بطبيعته ، حتى لو أمكن فكها وفصلها عن البناء دون تلف . فالأبواب والشبابيك والأقفال[1] . والمیازیب والبلكونات والشرفات والمصاعد والأسواق الحديدية أو الخشبية أو المبنية بالطوب والبلاط وخشبية الغرف (كالباركيه) والأدوات الصحية من أحواض وحنفيات ودوشات وأجهزة التواليت ومخانات المياه المثبتة والأفران المثبتة وما إلى ذلك ، كل هذايعتبر عقارا بطبيعته لأنه مثبت فى البناء على سبيل القرار ومكمل له ، وإن أمكن فى كثير من الأحوال نقله دون تلف[2] . كذلك يعتبر عقارا بطبيعته أنابيب المياه والغاز والكهرباء ، والمواسير المدفونة فى باطن الأرض حتى لو بعدت عن البناء بمسافة طويلة

= فقرة ٢٦٣٨ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ – أنسيكلوبيدى داللوز لفظ Biens فقرة ٣٣ – شفيق شحاته فقرة ٤٤ ص ٥٨ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٢ .

ويبدو أن مسرحا مثبتاً فى الأرض كمسرح « البالون» يعتبر عقاراً لأنه قائم على سبيل القرار ، وإن أمكن فكه ونقله إلى مكان آخر .

(١) أما المفاتيح فإنها منفصلة عن البناء وعن الأقفال ، ولذلك تعتبر عقاراً بالتخصيص لا بطبيعته ، شأنها فى ذلك شأن مضخات الحريق مثلا . انظر فى اعتبارها عقاراً بطبيعته لأنها تكملة ضرورية للأقفال : أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٨ – ديمولومب ٩ فقرة ٢٩١ – لوران ٥ فقرة ٤٠٤ – بودرى وشوڤو فقرة ٩٣ ص ٨٥ – شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٠ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ وهامش ١ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ – انظر فى اعتبارها عقاراً بالتخصيص : پلانيول وريپير وپيكار فقرة ٨٨ ص ٩٩ – پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٥٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٨٩ – محمد على عرفة فقرة ٤٧ ص ٧٥ – نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ – ١ – ٣٥٣ .

(٢) بلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٤ ص ٧٧ – ولو اعتبرت هذه الأشياء عقاراً بالتخصيص لا عقاراً بطبيعته ، لوجب أن يكون من يضعها هو نفس المالك كما سنرى عند الكلام فى العقار بالتخصيص . ولكنها لما كانت عقاراً بطبيعته كما قدمنا فإنه يستوى أن يضعها المالك أو غير المالك ، فإذا كسا المستأجر خشبية بعض الغرف بالباركيه أو أقام سورا أو ثبت حوضا للغسيل ، لم يمنع من إن يكون هذا عقارا بطبيعته أن أقامه غير المالك (پودرى وشوڤو فقرة ٩٤ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ – محمد على عرفة فقرة ٤٥) .

وحتى لو عدت عقارا مستقلا عن البناء[1] ، فيستوى إذن أن يضع هذه الأشياء المالك أو غير المالك[2] .

ويعتبر عقارا بطبيعته الطواحين ، سواء كانت تدار بالهواء أو بالماء ، مادامت مثبتة أو قائمة على دعائم مثبتة ، فقد اندمجت فى الأرض فأضفت الأرض عليها صفة العقار[3] .وتعتبر آلات الرى عقارا بطبيعته إذا ثبتت فى الأرض بحث لا يمكن فصلها عنها إلا إذا فكت جميع أجزائها ، فان اندماجها فى الأرض على هذا النحو يكسبها صفة العقار بطبيعته[4] . أما إذا لم تثبت

---

(١) والأنابيب المدفونة فى الأرض إذا كانت تابعة لمبنى ، فإنها تعتبر جزءاً من هذا المبنى ولا تعتبر عقاراً مستقلا ، أما إذا كانت مملوكة لمالك آخر غير مالك المبنى فإنها تعتبر عقاراً مستقلا عن المبنى . أما أنابيب الغاز المدفونة تحت سطح الطريق العام فلا تعتبر لا عقاراً مستقلا ولا عقاراً تابعاً للطريق العام ، ولكنها جزء لا يتجزأ من المصنع الذى ينتج الغاز مهما بعدت عن هذا المصنع (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Biens فقرة ٦١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ هامش ٥ مكرر – نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٢٩) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٤ – ديموالومب ٩ فقرة ١٤٩ – لوران ٥ فقرة ٤٠٩ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦٣ – بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٧٤ – بلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٣٩ – كولان كاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٢ – نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٦ – ٥٦ .

(٣) انظر المادة ٥١٩ مدنى فرنسى – وانظر فى تفصيل ذلك فى القانون الفرنسى بودرى وشوفو فقرة ٤٤ .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٢ ص ٤٩ – أما القضاء فى مصر فمضطرب فى هذه المسألة ، فهناك أحكام قضت بأن ماكينة الرى ، ثبتت فى الأرض أو لم تثبت ، تعتبر عقارا بالتخصيص ، فيجب إذن أن يكون المالك هو الذى أقامها فى أرضه (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ – ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٤ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ – ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٩ – ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١١ : حتى لو كانت تسقى أرضا مجاورة – سوهاج استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٢ ص ١٠٢٩) . وهناك أحكام قضت بأن ماكينة الرى تعتبر عقاراً بطبيعته إذا ثبتت فى الأرض ، وإلا فهى عقار بالتخصيص (استئناف مصر ٨ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٠ ص ١٧٥ . أسيوط استئنافى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٣ ص ٥٦٥) . وهناك أحكام ذهبت إلى أن ماكينة الرى تعتبر منقولا ، لا عقاراً بطبيعته ولا عقاراً بالتخصيص ، ولو كانت مثبتة بمسامير على قاعدة من الخشب القائم على الإسمنت ، مادام أنه يمكن نقلها دون تلف وتركيبها على قاعدة أخرى (استئناف ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٢ ص ٢١٣ – استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ – ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٥ – طنطا ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٨٠ ص ٦٥١) .

فى الأرض ، فإنها تعتبر عقارا بالتخصيص إذا رصدها مالك الأرض الزراعية لخدمة الأرض واستغلالها، وسيأتى بيان ذلك . وكآلات الرى المطاحن والمحالج، تعتبر عقارا بطبيعته إذا ثبتت فى الأرض على سبيل القرار . وإذا كانت آلات للرى والطواحين والمطاحن والمحالج ، بالرغم من تثبيتها فى الأرض ، يمكن فصلها دون تلف ، فإن اندماجها فى الأرض عندما كانت مثبتة فيها إذا أضيفت إليه تبعيتها للأرض ، أغنى ذلك عن اشتراط ألا يكون فصلها دون تلف . فما هو تابع للأرض إذا اندمج فيها وثبت على سبيل القرار يكون عقاراً بطبيعته ، حتى لو أمكن فصله دون تلف[1]

المطلب الثانى

العقار بالتخصيص(*)

(Immeuble per destination)

١٢ — ماهو العقار بالتخصيص — مقابلة بين نصوص التقنين المدنى الفرنسى ونصوص التقنين المدنى المصرى : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى تقول : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » . فالعقار بالتخصيص هو إذن منقول بطبيعته ، رصده مالكه لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته هو أيضاً مملوك له ، كما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشى أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه ، وكما إذا وضع

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٣ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٧ - ص ٢٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد بيع حصة فى ماكينة طحين قد نص فيه على أن البيع وقع على هذه الحصة فى الآلة كما اشتريت ، كما نص على نصيب المشترى فيها بعد تثبيتها مقابل دفعه ما يوازى هذا النصيب فى نفقات تثبيتها ، فإن البائع متى ثبت الآلة يكون قد فعل ذلك لنفسه ولشريكه معاً . وإذا كانت هذه الآلة قد صارت بعد تثبيتها عقاراً ، فهذا العقار يكون لهما كليهما لا لواحد منهما دون الآخر . وحق كل منهما لنصيبه فى هذا العقار يستوى فى ثبوته أن يكون العقد الذى تضمن اتفاقهما قد سجل أو لم يسجل ، إذ هذا العقد ليس هو المنشىء لهذا الحق العقارى ، بل الذى أنشأه هو الفعل الذى صار به المنقول عقارا (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ٣٠١) .

(*) انظر Pierre Gulphe رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ .

صاحب الفندق فى فندقه الأثاث اللازم لتهيئة الفندق للاستغلال . فى هذه الأحوال وأمثالها يأتى صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها فى العقار رصداً على خدمته أو استغلاله ، فترتبط المنقولات بالعقار ارتباطا لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار والمنقولات جميعا وحدة اقتصادية لا تتجزأ ، ومن ثم يضفى العقار وهو الأصل على المنقولات وهى التبع صفة العقار ، بحكم هذا التخصيص ، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص عن طريق الافتراض القانونى (fiction légale) .

وقد أفاض التقنين المدنى الفرنسى ، وهو المصدر الذى أخذ عنه التقنين المدنى المصرى فكرة العقار بالتخصيص ، فى النصوص وفى التطبيقات المتعلقة بهذا النوع من العقار . فوضعت المادة ٥٢٤ مدنى فرنسى فى فقرتها الأولى المبدأ العام فى العقار بالتخصيص ، إذ تقول : « الأشياء التى يضعها مالك العقار فى عقاره ، لخدمة هذا العقار واستغلاله ، تكون عقارا بالتخصيص » . ثم تأتى الفقرتان الثانية والثالثة عقب ذلك بتطبيقات متعددة للعقار بالتخصيص ، فتقولان : « وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص ، إذا وضعها المالك لخدمة العقار واستغلاله : الحيوانات (المواشى) المخصصة للزراعة — آلات الحرث — البذور المعطاة للمستأجرين أو المزارعين — حمام الأبراج — أرانب الأوكار — خلايا النحل — أسماك البرك — المعاصر والمراجل والأنابيب والخوابى والدنان (أوان لتقطير الخمور) — الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى — التبن والسماد . وتكون أيضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التى يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام »[1]. ثم تبين المادة ٥٢٥ مدنى فرنسى ما هو المقصود بالمنقولات التى يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام ، الوارد ذكرها فى آخر المادة السابقة ، فتقول : « يعتبر المالك أنه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام (à perpétuelle demeure) إذا

---

(١) ويسبق هذا النص ، فى التقنين المدنى الفرنسى ، نص خاص بالمواشى التى يسلمها المالك للمستأجر أو المزارع ، فتقول المادة ٥٢٢ مدنى فرنسى : « الحيوانات (المواشى) التى يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أولم تقوم ، تعتبر عقاراً ما بقيت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق . أما تلك التى يعطيها إيجاراً لغير المستأجر أو المزارع فتكون منقولا » .

كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجبس أو بالحجر أو بالإسمنت ، أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتتلف ، أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذى ألصقت المنقولات به . وتعتبر مرايا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام إذا كان الخشب الذى ألصقت به المرايا تتحد مع خشب الحائط ، وكذلك يكون حكم ألواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن . أما بالنسبة إلى التماثيل ، فإنها تكون عقارا إذا هى وضعت فى مخابئ حفرت فى الحائط خصيصاً لوضعها فيها ، حتى لو أمكن نقلها دون أن تتكسر أو تتلف » .

ولم يخص التقنين المدنى المصرى السابق فى التطبيقات الكثيرة التى أوردها التقنين المدنى الفرنسى ، بل اقتصر على ذكر آلات الزراعة والماشية وآلات المعامل ومهماتها ، كما اقتصر على ذكر أثر واحد للعقار بالتخصيص هو عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلى . فنصت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين على ما يأتى : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكا لأصحاب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها إذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالا ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فلم يورد أى تطبيق من تطبيقات العقار بالتخصيص اكتفاء بذكر شروطه ، كما أنه لم يحصر آثار العقار بالتخصيص فى عدم جواز الحجز عليه منفرداً عن العقار الأصلى كما فعل التقنين المدنى السابق ، بل سكت عن ذكر أى أثر حتى يترتب على العقار بالتخصيص جميع آثاره . فنصت المادة ٢/٨٢ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله »[1] .

فنتكلم إذن فى شروط العقار بالتخصيص ، ثم فى الآثار التى تترتب على التخصيص .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص٤٦٧ .

§ ١ - شروط العقار بالتخصيص

١٣ — شرطاه : يتبين من نص المادة ٢/٨٢ مدنى سالفة الذكر أن هناك شرطين يجب توافرهما حتى يكون المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص : (١) اتحاد المالك ، أى أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلى . (٢) التخصيص ، أى أن يكون العقار بالتخصيص قد ارتبط بالعقار الأصلى لخدمته أو استغلاله .

١٤ — الشرط الأول — اتحاد المالك : يتضح من صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى ، ونصها كما رأيناه : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ... » ، أن مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلى . والمفروض أن هناك منقولا بطبيعته ألحق بعقار بطبيعته[1] . هذه الحقائق الثلاث — المنقول بطبيعته والعقار بطبيعته وواقعة الإلحاق — مفروضة ، فهى ليست بشروط ، بل هى واقع المسألة . فإذا تحقق هذا الواقع ، فمتى يعتبر المنقول الملحق بالعقار الأصلى عقارا بالتخصيص ؟ قلنا إن الشرط الأول هو أن يكون شخص واحد هو المالك لكل من العقار الأصلى والمنقول الملحق[2] . وعلى ذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه المستأجر[3] أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو صاحب حق الانتفاع رصدا لخدمة العقار المؤجر أو المرهون أو المملوكة رقبته لشخص آخر ، لأن المنقول الملحق يملكه شخص غير الشخص الذى

---

(١) فأجزاء البناء المتممة له والملحقة به هى عقار بطبيعته كما سبق القول ، فلا يجوز اعتبارها عقاراً بالتخصيص لأن العقار بالتخصيص يجب أن يكون منقولا لا عقارا . والمنقول المخصص لخدمة منقول آخر ، كالسيارة المخصصة لخدمة محل تجارى ، أو المخصص لخدمة عقار بالتخصيص كعلف الماشية ، لا يجوز اعتباره عقارا بالتخصيص لأنه لم يخصص لخدمة عقار بطبيعته ، والمفروض كما قدمنا أن العقار الأصلى يجب أن يكون عقاراً بطبيعته ، لا منقولا ولا عقارا بالتخصيص . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨١ – سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥٢ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨١ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ – حتى لو ثبت المنقول (ماكينة الرى مثلا) فى الأرض (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٥) .

يملك للعقار الأصلى[1] ، كذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالك العقار فى عقاره إذا كان هذا المنقول غير مملوك له ، كأن كان مرهوناً عنده أو معارا له أو مسلما إياه على سبيل الإيجار[2].

ويعلل بعض الفقهاء شرط اتحاد المالك بالاعتبار الآتى : إن إضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الملحق بالعقار الأصلى إنما هو لمصلحة العقار الأصلى ، والمالك وحده هو الذى يمثل هذه المصلحة[3] ، وفى هذا التعليل غموض دعا هؤلاء الفقهاء توضيحه على النحو الآتى : لو أن مالك المنقول وضعه فى خدمة عقار لا يملكه، لوجب القول بأن صاحب المنقول لا يقصد إلحاقه بالعقار ، فإنه لابد منتزع منقوله بعد انتهاء مدة انتفاعه بالعقار ، ولا يجوز افتراض تبرعه بالمنقول لأن التبرع لا يفترض . فلابد إذن أن يكون مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الأصلى ، حتى يستساغ أن يفترض أنه قصد عدم انتزاع المنقول وإبقاءه رصدا على خدمة العقار[4] . ويقرب من هذا التعليل تعليل يقول به فقهاء آخرون ، مؤداه أن فكرة العقار بالتخصيص لا يمكن أن تثار إذا كان مالك المنقول شخصاً آخر غير مالك العقار ، إذ لا يمكن فى هذه الحالة أن يقال إن مالك المنقول أراد إلحاقه بعقار لا يملكه . وإنما تثار الفكرة إذا كان مالك المنقول هو نفس مالك العقار ، إذ يمكن فى هذه الحالة التساؤل عما إذا كان هذا المالك قد أراد أو لم يرد إلحاق منقوله بعقاره . فتكون وحدة المالك ، على مقتضى هذا التعليل ، داخلة فى واقع المسألة ، وليست شرطا بالمعنى الصحيح . ويكون واقع المسألة هو أن شخصاً واحدا يملك كلا من العقار والمنقول ، وعندئذ يصح التساؤل متى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص . فلا يكون إذن هناك إلا شرط واحد ، هو رصد المنقول لخدمة العقار أو استغلاله حتى يصبح المنقول عقارا بالتخصيص[5].

---

(١) ديمولو مب ٩ فقرة ٢١٠ – فقرة ٢١١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٥) پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٠ – بيدان وفواران فقرة ١١٤ – دى باج وديكرز ٥ فقرة ٥٤٦ – جوسران فقرة ٦٢ ص ١٤٤ – پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٧ – كاربونييه ص ٦٨ – حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٩ .

ومتى تقرر وجوب اتحاد المالك ، فإن الحق فى إلحاق المنقول بالعقار يكون لهذا المالك أو لنائبه . ومن ثم يجوز لوكيل المالك استعمال هذا الحق ، كما يجوز ذلك للولى على المالك أو الوصى أو القيم ، فيصح لأحد من هؤلاء أن يرصد لخدمة عقار الأصيل أو المحجور منقولا يملكه هذا الأخير ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، إذ أن هذا العمل يعتبر داخلا فى أعمال الإدارة(١). ويمكن اعتبار المستأجر نائبا عن المالك إذا هو وضع منقولا مملوكا له فى خدمة العقار الذى استأجره ، وكان مشترطا فى عقد الإيجار أن يترك المستأجر هذا المنقول لصاحب العقار عند نهاية الإيجار ، فى هذه الحالة يكون مالك العقار هو أيضاً مالك المنقول بموجب عقد الإيجار ، ويكون المستأجر عند وضعه المنقول فى خدمة العقار نائبا عن مالك العقار فى ذلك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص(٢) .

ويجوز لمالك العقار فى الشيوع أن يلحق المنقول بالعقار ، ويصبح المنقول عقاراً بالتخصيص تحت شرط فاسخ . فإذا تمت القسمة ووقع العقار فى نصيب هذا المالك ، لم يتحقق الشرط الفاسخ ، وبقى المنقول عقارا بالتخصيص على وجه بات . أما إذا وقع العقار فى نصيب مالك آخر ، فإن الإلحاق ينفسخ بتحقق الشرط الفاسخ ، وينفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه(٣) . ويمكن تطبيق هذا الحكم على كل مالك تحت شرط فاسخ للعقار أو للمنقول . فإذا وضع مالك العقار تحت شرط فاسخ منقولا لخدمة العقار ،

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ – ص ٥٨ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٠ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٩ – بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ هامش ١ – نقض فرنسى ١٣ نوفبر سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ – ١ – ٤٤٧ – عكس ذلك لوران ٥ فقرة ٤٣٨ .

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٤ مكررة – لوران ٥ فقرة ٤٣٥ – بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٠ – شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣ – عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ – ص ٣٤٦ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ – استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٤ – عكس ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٦ – نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ (متى كان أحد الشركاء فى الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة ، وأقامها على هذه الأرض بمائه ، واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص ، فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص) .

أصبح هذا المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه . كذلك إذا وضع مالك العقار منقولا يملكه تحت شرط فاسخ لخدمة العقار ، أصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فإذا لم يتحقق الشرط صار الإلحاق باتا ، وإذا تحقق انفسخ الإلحاق وانفصل المنقول عن العقار وعاد إلى من له الحق فيه[1] .

وقد يضع شخص غير المالك يده على عقار باعتبار أنه المالك (animo domini) ، بحسن نية أو بسوء نية ، فيجوز له بالرغم من أنه حائز غير مالك أن يرصد منقولا يملكه على خدمة هذا العقار ، ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص . ولكن هذا الإلحاق ، وإن كان ينفذ فى حق الغير ، لا يحتج به المالك الحقيقى للعقار . ومن ثم إذا استرد هذا الأخير عقاره ، فإنه يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذى رصد لخدمته . ويأخذ الحائز صاحب المنقول منقوله[2] .

---

(١) أما إذا كان مالك المنقول مالكا تحت شرط واقف ، فإن المنقول لا يصبح عقارا بالتخصيص إلا عند تحقق الشرط . فإذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى يدفع إليه جميع الثمن ، ووضع المشترى المنقول فى أرضه ، فلا يمكن أن يكسب صفة العقار بالتخصيص مادام الثمن لم يدفع جميعه (مصر المختلطة ١٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٢٠٦ ص ٧٦) . فإذا تنازل البائع عن حقه فى الملكية ، واكتفى بمطالبة المشترى بباقى الثمن ، وشرع فى تنفيذ الحكم الذى صدر له ، فإن المنقول المبيع الذى وضع فى أرض المشترى يصير عقارا بالتخصيص (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥١ ص ٥٩ – محمد على عرفة فقرة ٥٨ ص ٨٦ – شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٢ – سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٥ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ – استئناف وطنى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ – استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٠) .

وإذا كانت الآلة الزراعية مملوكة لشخصين على الشيوع ، ووضعت فى عقار أحدهما ، فإنها لا تصبح عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣٣) .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٨ – فقرة ٢٠٩ – لوران ٥ فقرة ٤٣٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ – بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٨ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Biens فقرة ١٠٤ – فقرة ١٠٥ – شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٤ – عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ .

وقد يتوافر شرط اتحاد المالك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ولكن يقع بعد ذلك أن يبيع المالك العقار أو المنقول ، فيختل شرط اتحاد المالك ، ومن ثم ينتهى إلحاق المنقول بالعقار وينفصل عنه ليأخذه من له الحق فيه[١] .

١٥ — الشرط الثانى — التخصيص : ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ما يأتى : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع .. ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصصه لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ . ولايشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . أما إذا وضع المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار ، فإن ذلك لا يجعله عقارا بالتخصيص . ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفى ألا يكون عارضاً ، ومتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار »[٢] . ويستخلص من ذلك أمور ثلاثة : (١) يجب أن يكون المنقول (العقار بالتخصيص) مخصصاً لخدمة العقار ، لا لخدمة شخص المالك . (٢) ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، بل يكفى ألا يكون عارضا . (٣) ولايشترط أن يكون التخصيص ضروريا لخدمة العقار ، بل يكفى التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك :

١ — المنقول المخصص لخدمة العقار إنما يعتبر عقارا بالتخصيص لأن العقار الذى خصص المنقول لخدمته هو الذى يضفى عليه صفة العقار ، فلابد

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ — نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ — ١ — ٧٤٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

إذن من أن يكون المنقول قد خصص لخدمة العقار حتى تنتقل صفة العقار إلى المنقول . أما إذا كان المنقول قد خصص ، لا لخدمة العقار ، بل لخدمة شخص مالك العقار ، فإنه ينعدم التلازم ما بين المنقول والعقار ، ولا يعود ثمة محل لإضفاء صفة العقار على المنقول . فلو أن صاحب الفندق قد أعد لنفسه غرفة خاصة فى الفندق لاستراحته عند الحاجة ، وأثث هذه الغرفة بأثاث خاص به بحيث لو انتقلت ملكية الفندق إلى غيره لكان من الطبيعى أن ينتزع هذا الأثاث الذى أعده لشخصه ، فإن الأثاث يكون فى هذه الحالة قد خصص لخدمة صاحب الفندق شخصيا لا لخدمة الفندق ، ومن ثم يبقى منقولا على طبيعته ولا يصبح عقارا بالتخصيص . أما مفروشات الفندق وأثاثاته ، فهذه قد خصصت لاستغلال الفندق ذاته ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص . وكذلك لو أعد صاحب الفندق أو صاحب المصنع أو صاحب المزرعة سيارة لاستعماله الشخصى ، فإن هذه السيارة تبقى منقولا لأنها لم تخصص لاستغلال العقار ، بل خصصت لخدمة صاحب العقار شخصيا . أما إذا ألحق بالفندق أو المصنع أو المزرعة سيارة لنقل نزلاء الفندق أو منتجات المصنع أو محصولات المزرعة ، فإن السيارة تكون فى هذه الحالة قد خصصت لاستغلال العقار ، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص[1] .

٢ – ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة (à perpétuelle demeure) . أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فقد رأينا من نصوصه التى أوردناها[2] أن هناك عقارا بالتخصيص يضعه المالك لخدمة العقار الأصلى واستغلاله (م ١/٥٢٤ و ٢ مدنى فرنسى) ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون تخصيصه بصفة دائمة لأن النص لم يشترط ذلك . وهناك عقار بالتخصيص وضعه المالك لتزيين العقار الأصلى ، ويشترط النص صراحة أن يكون تخصيصه بصفة دائمة ، وقد يكون لهذا التخصيص الدائم علامة مادية هى أن يكون العقار بالتخصيص ملصقاً بالعقار الأصلى بالجبس أو الإسمنت ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ – بيدان وثواران فقرة ١١٥ – جولف فقرة ٧٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥١ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥٣ – شفيق شحاته فقرة ٤٧ ص ٦٤ – حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٢ .

وذلك كالمرايا وألواح التصوير والتماثيل (م٥٢٤/٣ وم٥٢٥ مدنى فرنسى[١]) . ولكن التقنين المدنى المصرى لم يحذ حذو التقنين المدنى الفرنسى فى هذا التمييز بين التخصيص للخدمة والاستغلال والتخصيص على سبيل الدوام ، وهو تمييز ينتقده بعض الفقهاء الفرنسيين[٢] . وكل ما يطلبه التقنين المدنى المصرى هو تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله (م ٢/٨٢ مدنى) . ويستوى أن يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا أو مدنيا ، أو أن يكون لخدمة العقار واستعماله ، أو حتى أن يكون لتزيين العقار فإن التزيين يدخل فى عموم « خدمة » العقار ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى . وإذا كان التخصيص لتزيين العقار ، فلا يشترط التقنين المصرى كما اشترط التقنين الفرنسى أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، ومن باب أولى لا يشترط الدوام إذا كان التخصيص للخدمة أو للاستغلال .

وإذا كان لا يشترط أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يكون تخصيصا عارضا لمدة موقوتة قصيرة ، بل يجب أن يكون على سبيل الثبات والاستقرار ، فإن هذا وحده هو الذى يبرر إضفاء صفة العقار على المنقول . ولا يمنع من أن يكون التخصيص ثابتا مستقراً أن ينقطع انقطاعا عارضا موقتا ، فقد تنقل المواشى من الأرض الزراعية نقلا عارضا لعلاجها مثلا ، وبالرغم من هذا النقل العارض تبقى المواشى مخصصة لاستغلال الأرض على سبيل الثبات والاستقرار فتبقى عقارا بالتخصيص ، حتى فى المدة التى انتقلت فيها[٣] .

٣ – ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، بل يكفى التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . وهذا

---

(١) انظر فى تبرير هذا التمييز لوران ٥ فقرة ٤٣٤ وفقرة ٤٤١ – بودرى وشوفو فقرة ٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١ ص ٩٤ وهامش ٢ – بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٦٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٨ – كاربونييه ص ٦٨ – ص ٦٩ .

(٣) جولف فقرة ٧١ ص ١٦٨ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٧ – حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٢ .

بخلاف القانون المدنى الفرنسى ، فإن الرأى السائد فيه هو أن يكون التخصيص ضروريا[1] . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى أنه لا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، إذ تقول كما رأينا[2] : « ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ، ولولم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك » .

ولا تكفى إرادة المالك وحدها ليكون المنقول عقارا بالتخصيص ، بل يجب أن يقوم إلى جانب الإرادة جانب الواقع . ومعنى ذلك أن المالك لا يستطيع بإرادته وحدها أن يلحق منقولا بعقار فيجعله بهذه الإرادة عقارا بالتخصيص ، بل يجب فوق ذلك أن يخصص هذا المنقول تخصيصاً فعليا لخدمة العقار أو استغلاله[3] .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية ، فيما رأينا[4] ، أنواع الخدمة والاستغلال ، فقالت فى هذا الصدد : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦١ ص ٦٠ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٥ – جولف فقرة ٧٥ – كاربونيه ص ٧٣ – ص ٧٤ – نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ – ١ – ٢٧٣ – ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ١٢٥ – ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ – ١ – ١٥٣ – ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ – ٢ – ٨٥٧ .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٦٢ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٢ وفقرة ٩٠ – شفيق شحاته فقرة ٥١ .

ويتبين من ذلك أن التخصيص عمل مختلط (acte mixte) ، فهو مزيج من الإرادة والعمل المادى ، ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص فى ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره ، تبعا لعنصره الغالب ، واقعة مادية لا تصرفا قانونيا . ولا يمنع ذلك من وجوب قيام إرادة التخصيص ، فهذه الإرادة ، إذا لم تكن كافية وحدها ، فإنها مع ذلك ضرورية ليتم التخصيص . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التخصيص لا يتحقق فى منقولات وضعت فى عقار أعطى مهراً ، إذا لم تتجه إرادة المالك إلى ذلك (نقض فرنسى ٢١ أبريل سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ – ١ – ٢٩٢) – ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التخصيص تصرف قانونى يصدر من جانب واحد (شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣) .

(٤) انظر آنفاً نفس الفقرة .

للزراعة والمصانع (م ١٨/٤) بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصص إما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ » . ويتضح من ذلك أن التخصيص يهدف إلى أحد أغراض أربعة : (١) الاستغلال الزراعى (٢) الاستغلال الصناعى (٣) الاستغلال التجارى (٤) خدمة العقار وتزيينه (ويدخل فى ذلك الاستغلال المدنى) .

١٦ — الاستغلال الزراعى (exploitation agricole) : هناك أمثلة كثيرة متنوعة على التخصيص بقصد الاستغلال الزراعى ، وقد أورد التقنين المدنى الفرنسى منها فى المادتين ٥٢٢ و ٥٢٤ منه جملة وافرة كما رأينا[١] حيث كانت الزراعة هى الغالبة وقت وضع هذا التقنين ، وكلها يصدق عليها أنها عقار بالتخصيص طبقاً لأحكام التقنين المدنى المصرى ، فنستعرضها فى إيجاز ، وقد وردت كما قدمنا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر[٢] :

١ — المواشى المخصصة للزراعة : وذلك كالبقر والجاموس والحمير والبغال والخيل والجمال وغيرها من الحيوانات التى تستعمل فى الحرث والجر والحمل ، فهذه قد ألحقت بالأرض الزراعية لاستغلال الأرض ، ومن ثم تعتبر عقارا بالتخصيص . ولا يمنع من ذلك أن يكون فى عزم المالك أن يبيع هذه المواشى أو أن يذبحها ، بعد أن تخدم الأرض المدة الكافية وبعد أن تصبح غير صالحة للاستغلال الزراعى[٣] . ويكفى ، لتكون المواشى مخصصة للاستغلال الزراعى ، أن يضع المالك قطيعا من الغنم فى الأرض الزراعية وغرضه الرئيسى من ذلك تسميد الأرض[٤] . وقد يعمد المالك إلى تربية المواشى فى أرضه ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فالقاضى إذن ، فى الاستغلال الزراعى وفى غيره من أنواع الاستغلال والخدمة الأخرى ، هو الذى يبت فيما إذا كان المنقول قد أعد لاستغلال العقار أو لخدمته تبعا لظروف القضية ، والمسألة مسألة واقع (بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٥) . فإذا تبين مثلا أن أرضا زراعية لا تصلح إلا لتربية المواشى وبيعها بعد ذلك ، فإن المواشى تعتبر فى هذه الحالة عقاراً بالتخصيص إذ هى موجودة لاستغلال الأرض (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٦) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ — بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

وغرضه الرئيسي من ذلك أن ينتفع بألبانها أو بلحمها ، فني هذه الحالة لا تعتبر المواشي عقارا بالتخصيص حتى لو انتفع بها عرضا لتسميد الأرض ، لأن الغرض الرئيسي من وضعها فى الأرض ليس هو خدمة الأرض واستغلالها ، بل تربيتها فى الأرض حيث ترعى وتنمو ، فهى التى تنتفع بالأرض لا الأرض هى التى تنتفع بها[1]. وكذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، من باب أولى ، الدواجن والأرانب وغيرها مما يربيه المالك فى أرضه لبيعه أو الانتفاع ببيضه ولحمه[2] . والإجماع منعقد على أنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص الحيوانات المخصصة لخدمة المالك لا الأرض ، كالخيل المعدة للصيد أو لجر المركبات التى يستعملها المالك فى تنقلاته[3] .

وقد يؤجر المالك أرضه الزراعية ، ويؤجر معها مواشي يخصصها لزراعة هذه الأرض ، فيتسلم المستأجر أو المزارع الأرض ومعها المواشي وقد أصبحت هذه عقارا بالتخصيص بعد أن ألحقها المالك بالأرض للاستغلال الزراعي. فيستوى إذن أن يتولى المالك استغلال الأرض بنفسه ومعها المواشي التى خصصها لزراعة الأرض ، وأن يسلم الأرض والمواشي بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص لمستأجر أو مزارع يستغل الأرض والمواشي . وقد أفرد التقنين المدنى الفرنسي لهذه الصورة الأخيرة نصاً خاصاً ، فقضت المادة ٥٢٢ منه بأن « المواشي التى يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارا مادامت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق — أما تلك التى يعطيها إيجارا لغير المستأجر أو المزارع ، فتكون منقولا[4]» . وبديهى أن المواشي التى يؤجرها المالك إلى غير مستأجر

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ – محمد على عرفة فقرة ٦١ ص ٨٨ – نقض فرنسى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٨٥٧ – عكس ذلك بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ – ص ٦٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ – نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ – ٢٠٦ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ – بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ .

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢٤٠ – لوران ٥ فقرة ٤٤٤ – بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢ فى الهامش .

الأرض أو المزارع لا تعدو أن تكون منقولا أجره صاحبه ، لأنها لم تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تضفى عليها الأرض صفة العقار بالتخصيص . فلابد إذن ، حتى تصبح المواشي أو أى شيء آخر يخصص لزراعة الأرض كالآلات الزراعية والتبن والسماد[1] عقارا بالتخصيص ، أن تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تكون مخصصة لزراعة هذه الأرض . ويستوى في ذلك أن تكون المواشي قد قومت أو لم تقوم ، فإنها إذا قومت فلا يعنى ذلك أن ملكيتها قد انتقلت إلى المستأجر ، وإلا لأصبح مالك المواشي غير مالك الأرض واختل شرط اتحاد المالك . وإنما فائدة التقويم هي أن تنتقل تبعة هلاك المواشي إلى المستأجر أو المزارع ، ويصبح هذا ملزما برد مواش تعادل قيمتها قيمة المواشي الأصلية[2] . ومن ثم تبقى المواشي ، حتى لو قومت ، ملكا لصاحب الأرض ، فله أن يبيع الأرض وتتبعها المواشي التي أصبحت عقارا بالتخصيص ، ويلتزم المشترى باحترام حق المستأجر أو المزارع بالشروط التي قررها القانون . ولدائن صاحب الأرض أن يوقع الحجز على الأرض حجزاً عقارياً، فيشمل الحجز المواشي بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص[3] . أما المستأجر أو المزارع فليس له إلا حق الانتفاع بالأرض وبالمواشي وحق إدارتها ، ويدخل في أعمال الإدارة بيع ما يكاد ينفق من المواشي أوما أصبحت الاستفادة به غير كاملة لإحلال غيره محله . فلا يجوز له إذن بيع المواشي في غير حدود أعمال الإدارة ، ولا يجوز لدائنه الحجز عليها حجز المنقول[4] .

٢ – آلات الحرث والآلات الزراعية الأخرى : فآلات الحرث واضح تخصيصها للزراعة ، فتلحق بالأرض وتصبح عقارا بالتخصيص[5] . وكآلات الحرث آلات الحصاد وآلات الرى ، فإنها تصبح أيضاً عقارا

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٥ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٣ – ص ٦٤ .

(٣) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٤ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ – نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٤٢٩ .

(٥) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٩ – ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٦ – ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

بالتخصيص إذا خصصت لزراعة الأرض . وقد تكون بعض هذه الآلات مندمجة فى الأرض ، فتصبح جزءاً منها وتكون عقارا بطبيعته[١] . وكذلك حكم السواقى والشواديف والنوارج .

٣ – البذور والتبن والسماد : فالبذور التى خصصها المالك لبذر الأرض ، أو التى أعطاها للمستأجر أو المزارع ليبذر بها الأرض ، تعتبر عقارا بالتخصيص . وقد يحتجز المالك فى آخر السنة الزراعية جزءاً من المحصول يخصصه للبذر ، فيصبح هذا الجزء عقارا بالتخصيص ، أما بقية المحصول بعد فصله من الأرض فإنه يصبح منقولا . والبذور تكون عقارا بالتخصيص قبل دفنها فى الأرض . أما إذا دفنت فإنها تصبح عقارا بطبيعتها[٢] .

والتبن والسماد ، وهى مواد أعدت لتسميد الأرض ، تعتبر عقارا بالتخصيص إذا هى ألحقت بالأرض لتسميدها . سواء كان المالك هو الذى فعل ذلك كما هو الغالب . أو فعل ذلك المستأجر وفاء لما اشترطه عليه المالك من ترك التبن والسماد فى الأرض عند انتهاء الإجارة فإن هذه المواد فى هذه الحالة تؤول ملكيتها إلى مالك الأرض وقد ألحقت بالأرض لتسميدها فتصبح عقارا بالتخصيص[٣] . ويكون التبن والسماد عقارا بالتخصيص ملحقاً بالأرض فى مجموعها ، لا بجزء أو أجزاء معينة منها[٤] . ولا يكون التبن عقارا بالتخصيص إلا إذا أعد لتسميد الأرض . أما إذا أعد غذاء للماشية فإنه يكون منقولا لأنه ألحق بالماشية وهى ليست عقارا بطبيعتها[٥] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١١ فى آخرها .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٧٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ – ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) إذا باع المالك كل الأرض صفقة واحدة ، دخل التبن والسماد فى البيع . (ب) إذا اقتطع المالك جزءاً من الأرض وباعه ، لم يكن للمشترى حق فى جزء من التبن والسماد يناسب الجزء من الأرض الذى اشتراه . (جـ) إذا باع المالك كل الأرض أجزاء متفرقة لمشترين متعددين ، لم يجز لأحد من المشترين أن يختص بجزء من التبن والسماد ، ومن ثم يبقى التبن والسماد ملكا للبائع ويتحول إلى منقول بطبيعته . انظر كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ – محمد على عرفة فقرة ٦٤ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٣ هامش ٤٣ – لوران ٥ فقرة ٤٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

٤ – حمام الأبراج وأرانب الأوكار وخلايا النحل ودود القز وأسماك البرك : هذه كلها وغيرها حيوانات تربى عادة داخل الأراضى الزراعية ، وتخصص لخدمتها ، إذ هى تتغذى منها وفى الوقت ذاته تضيف إلى ما تغله الأرض من ريع فتزيد فى الإنتاج . ومن هذه الناحية تكون هذه الحيوانات مخصصة لاستغلال الأرض الزراعية ، ومن ثم تكون عقارا بالتخصيص(١).

٥ – المعاصر والمراجل والأنابيب والخوابى والدنان : وكل شىء آخر أعد لتخزين المحصول الزراعى وحفظه يعتبر ملحقاً بالأرض الزراعية ، ومن ثم يكون عقارا بالتخصيص . وقد عنى التقنين المدنى الفرنسى بذكر المعاصر والمراجل والدنان والخوابى ، وهى أوان لتقطير الخمور وحفظها ، لانتشار زراعة العنب فى فرنسا من أجل تقطيره خمراً . وإذا كان المعد لحفظ المحصول لا يبقى فى الأرض على سبيل الثبات والاستقرار بل يتبع المحصول ويباع معه ، كأكياس القطن وبراميل النبيذ ، فإنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص بل يكون منقولا(٢) .

---

(١) وتختلف عن التبن والسماد فى أنها تعتبر مخصصة للجزء من الأرض الذى فيه البرج أو الوكر أو البركة إلخ ، فإذا باع المالك شيئاً من ذلك تبعه كل الحيوانات (كولان وكابيتان ودى لاموранديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣) .

وانظر فى أن خلايا النحل عقار بالتخصيص : استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٥ .

ولم يرد فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٢٤) ذكر دود القز ، وكان قد اقترحت إضافته إلى خلايا النحل فى مشروع التقنين فرفض الاقتراح (فينيه ١١ ص ٣٠) . ومع ذلك فإن الفقه الفرنسى الحديث يدخل دود القز فى عداد العقارات بالتخصيص ، متذرعا بأن التعداد الذى ورد للعقارات بالتخصيص فى التقنين المدنى الفرنسى لم يرد على سبيل الحصر (بودرى وشوفو فقرة ٧٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ – ص ٨٧ – بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ – كولان وكابيتان ودى لاموранديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ – وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Biens فقرة ١٦٩) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ – بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ – كولان وكابيتان ودى لاموранديير ١ فقرة ٩٢٦ – محمد على عرفة فقرة ٦٣ .

١٧ — الاستغلال الصناعي (exploitation industrielle) : وكل ما ورد فى شأن الاستغلال الصناعي فى التقنين المدنى الفرنسي (م ٢/٥٢٤) العبارة الموجزة الآتية: « الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديدو معامل الورق والمعامل الأخرى » . وهذا طبيعى ، إذلم تكن الصناعة فى فرنسا وقت وضع التقنين المدنى الفرنسي إلا فى دور الطفولة أما الآن ، بعد أن خطت الصناعة خطوات بعيدة حتى فى الدول النامية ومنها مصر ، فإن من المتفق عليه أن يكون عقارا بالتخصيص جميع الآلات والمعدات والأجهزة التى توضع فى المصنع لتشغيله ، أيا كان هذا المصنع وأيا كانت الآلات والمعدات والأجهزة . فسواء كان المصنع معداً للصناعات الثقيلة كالحديد والصلب والآلات والماكينات ، أو كان معدا للصناعات الخفيفة كالغزل والنسيج والأحذية والأثاث والصابون والورق والزجاج والروائح وتقطير الكحول وغير ذلك من المواد الاستهلاكية ، ومهما بلغ حجم الآلات والمعدات والأجهزة الموضوعة فى المصنع لتشغيله ، كبر هذا الحجم أو صغر ، فإن هذه الآلات والمعدات والأجهزة تعتبر عقارا بالتخصيص مادامت قد خصصت لتشغيل المصنع ، وكان مالكها هو نفس مالك المصنع . ويعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص العربات والمركبات والخيل المخصصة لأعمال المصنع ، وكذلك الآلات المولدة للكهرباء[1]

والمفروض بطبيعة الحال أن يكون المصنع عقارا بطبيعته ، ويكون عادة مبنى ضخماً بجميع توابعه وملحقاته . فعندما توضع فى هذا العقار الآلات والمعدات الصناعية المخصصة لتشغيل المصنع ، يضفى العقار على هذه الآلات والمعدات صفة العقاربالتخصيص ، مالم تكن الآلات والمعدات قد اندمجت فى العقار وأصبحت جزءاً منه فتصبح عندئذ عقاراً بطبيعته . وعلى ذلك لا تكون الآلات والمعدات عقاراً بالتخصيص إذا لم يكن هناك عقار أصلى

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨١ — فقرة ٨٢ — وقد قضى بأن أسلاك التلفون تعتبر عقاراً بالتخصيص بالنسبة إلى معمل توليد الكهرباء ، لا بالنسبة إلى منازل المشتركين (مصر الكلية ٣ ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١) . وقضى بأن آلات المطبعة المقامة فى مكان أعد لها خصيصاً تعتبر عقاراً بالتخصيص ، ويحجز عليها حجزاً عقاريا (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦٧) .

يضفى عليها هذه الصفة ، فآلات النسيج التي يملكها نساج يعمل فى منزله ، والأدوات الصناعية التي يملكها الصانع ويتنقل بها من مكان إلى آخر لمباشرة مهنته ، كل هذه غير ملحقة بعقار أصلى أعد للصناعة ، ومن ثم لا تكون عقاراً بالتخصيص بل منقولا بطبيعته[1] .

وتعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص المواد الخام الموضوعة فى المصنع والمعدة للصنع ، أما منتجات المصنع التي تم صنعها فهى منقول بطبيعته لا عقارا بالتخصيص ، شأنها فى ذلك شأن المحصولات الزراعية بعد انفصالها عن الأرض ، وشأن البضائع التي توجد فى المتجر وتكون معدة للتداول .

١٨ — الاستغلال التجارى (exploitation commerciale) : لما كان المفروض أن هناك عقارا بطبيعته هو الذى يضفى على العقار بالتخصيص صفة العقار ، فإنه يجب التمييز ، فى الاستغلال التجارى ، بين المتجر (fonds de commerce) الذى هو منقول معنوى وبين العقار الذى تباشر فيه التجارة . وكثيراً ما يكون هذا العقار غير مملوك لصاحب المتجر ، بل يكون هذا قد استأجره فيدخل الحق فى الإيجار ضمن عناصر المتجر ، ولا يكون هناك محل لاعتبار الأدوات والمعدات التجارية عقارا بالتخصيص إذ هى غير ملحقة بعقار يملكه صاحب المتجر . وحتى لو كان العقار الذى يباشر فيه صاحب المتجر تجارته مملوكا له ، فهو فى أكثر الأحوال غير مهيأ تهيئة خاصة للتجارة ، إذ يكون عقارا صالحا — فى الحال أو بعد إدخال تعديلات بسيطة فيه لا تغير من كيانه — للتجارة ولغيرها من الأغراض ، كأن يكون مكتبا أو مسكنا . وهذا بخلاف المصانع ، فإنها بحكم بنائها وتهيئتها لا تصلح غالبا إلا للصناعة . وحتى يكون هناك عقار تجارى يمكن أن يضفى على المنقولات المعدة لاستغلاله صفة العقار بالتخصيص ، يجب أن يكون هذا العقار مهيأ تهيئة خاصة للتجارة[2] . ويقع ذلك فى بعض الأحوال ، فهناك متاجر كبرى تبيع بضائعها للمستهلكين

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٧٤ ص ٧٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦ ص ٨٨ — محمد على عرفة فقرة ٦٩ .

(٢) فيكون هذا العقار وكذلك العقارات بالتخصيص الملحقة به جميعها داخلة ضمن عناصر المتجر ، التي هي منقول معنوى كما قدمنا .

مباشرة أو تبيعها بالجملة ، وتشيد لمباشرة أعمالها عقارات ضخمة تهيئها تهيئة خاصة لنوع التجارة الذى تمارسه ، كمحلات شيكوريل وعمر أفندى وأوركو وجاتينيو وبونمارشيه ويعقوبيان وغيرها من المحلات المعروفة(١). فمثل هذه المحال عقارات أعـدت خصيصاً للتجارة ، ومن ثم تكون المنقولات التى وضعت فيها وخصصت للاستغلال التجارى عقارا بالتخصيص مادام مالك العقار هو المالك لهذه المنقولات(٢) . وذلك كالأثاث والمفروشات التى أثثت بها هذه المحال لاستغلالها ، وكالمركبات والعربات والخيل التى خصصت لعمليات النقل المتعلقة بالتجارة ، وكالأجهزة الكهربائية والأدوات والمعدات الأخرى التى وضعت فى هذه المحال للاستغلال التجارى . أما المتجر نفسه ، وهو منقول معنوى كما قدمنا ، فلا يكون عقارا بالتخصيص(٣) .

ومن العقارات التى تشيد مع تهيئتها تهيئة خاصة للتجارة الفنادق ، والبنسيونات والمطاعم والمقاهى ، فكثيراً ما يشيد العقار ليكون فندقا أو بنسيونا أو مطعماً أومقهى منذ البداية . فيعد إعداداًخاصا لهذا الغرض ، بحيث يدرك من يلقى نظرة عليه لأول وهلة أنه لا يمكن إلا أن يكون ذلك . فى هذه الحالة تكون المنقولات الموضوعة فى هذا العقار لاستغلاله التجارى ، من أسرة وأبسطة وسجاجيد ومفروشات وأثاث وكراسى ومناضد وأجهزة كهربائية وأدوات للطبخ والأكل وغير ذلك ، عقارا بالتخصيص(٤) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٧٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر المنقولات التى رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالا تجاريا بمعرفته عقاراً بالتخصيص ، وليس بلازم لاعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار على وجه القرار (نقض مانى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ٣٠١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ – كاربونييه ص ٦٨ – محمد على عرفة فقرة ٧٣ – شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦١ – عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ وفقرة ٢٥١ ص ٣٤٩ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٦ – منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٢٥٦ – عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ وص ٣٠ – ديمولومب ٩ فقرة ٢٦٤ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن المسألة مسألة واقع بحسب النية وظروف كل حالة (نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة١٨٧٩ داللوز ٨٠ – ١ – ٢٧٥ – ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ – ١ – ١٢٥ – ٢ أغسطس سنة١٨٨٦–

كذلك الحال فيما يتعلق بقاعات السينما والمسارح ، فهذه تشيد تشييداً خاصا ، ولا تكاد القاعة تصلح إلا للسينما أو المسرح أو للاجتماعات والحفلات العامة . فكل ما يوضع فيها من منقولات لاستغلالها استغلالا تجاريا ، كالكراسى وأجهزة الإضاءة والستائر والديكور وما يوضع على خشبة المسرح من أبسطة وسجاجيد ومفروشات وأدوات إطفاء الحريق وغير ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص[١] .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالمصارف ، فإن العقار الذى يشيد ليستخدم مصرفاً يهيأ تهيئة خاصة لذلك بحيث يدرك من يراه لأول وهلة أنه مصرف . فالمنقولات التى توضع فى هذا العقار لتسيير الأعمال المصرفية ، من أثاث وأوراق وكراسى ومكاتب وخزائن ، كل هذا يعتبر عقارا بالتخصيص[٢] . والكازينوهات فى مدن المياه المعدنية والحمامات تشيد عقاراتها وتهيأ تهيئة خاصة للغرض المقصود ، فما تحويه من منقولات لاستغلالها ، كالمفروشات ومناضد اللعب والأوانى والقوارير وأدوات الاستحمام وغير ذلك ، تعتبر عقارا بالتخصيص[٣] .

وتحديد أى المنقولات قد خصص للاستغلال التجارى ، حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص ، يختلف باختلاف الظروف ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك متمشياً فى كل حالة مع ما يناسبها[٤] .

= دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٣ - وانظر پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٢٤ - أنسيكلوپيدى دالوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٦٥ .

وانظر فيما يتعلق بالبراسيرى (brasserie) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - نقض فرنسى ٢٤ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٣٣٧ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ .

(١) بودرى وشوڤو فقرة ٨٠ وفقرة ٨١ ص ٧٧ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ وص ٣٠ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ - پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٥١ - محمد على عرفة فقرة ٧١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - ص ٩٠ - أنسيكلوپيدى دالوز ١ لفظ Biens فقرة ٢٦٩ .

(٣) بودرى وشوڤو فقرة ٧٩ ص ٧٥ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) بودرى وشوڤو فقرة ٧٧ - فقرة ٧٨ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ - نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ١٥٣ .

أما البضائع التى يحتويها المتجر والتى تعد للبيع والتداول ، فإنها إذا نظر إليها على استقلال لا تكون عقارا بالتخصيص بل هى منقول بطبيعته . وإذا نظر إليها كعنصر مادى من عناصر المتجر فإنها تتبع المتجر وتندمج فى مجموعته وتعتبر منقولا معنويا . وذلك هو أيضاً حكم شارة المتجر (enseigne) ؛ ولكن الاسم التجارى (nom commercial) لا يعتبر منقولا طبيعيا ولا عقارا بالتخصيص ، بل هو عنصر معنوى من عناصر المتجر[1].

١٩ — خدمة العقار وتزيينه والاستغلال المدنى : وليس من الضرورى . ليكون المنقول عقارا بالتخصيص . أن يكون مخصصاً للاستغلال أصلا ، زراعيا كان الاستغلال أو صناعيا أو تجاريا ، بل يكفى أن يكون مرصودا لخدمة العقار الأصلى . ومعنى ذلك أن يكون مالك العقار الأصلى لا يستغل هذا العقار إطلاقا بل يستعمله لحاجته الشخصية ، كمنزل يسكنه صاحبه أو طابق فى مبنى يستعمله صاحبه مكتباً له . فما يوضع فى هذا البناء من منقولات رصدا على خدمته ، كأبسطة السلم وأدوات النظافة وأجهزة الإضاءة ومضخات إطفاء الحريق وصندوق البريد واللافته وغير ذلك من المنقولات المملوكة لصاحب البناء والتى يضعها فيه على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته ، يعتبر عقاراً بالتخصيص[2] . أما الأثاث والمفروشات وغير ذلك من المنقولات المعدة للاستعمال الشخصى فلا تعتبر عقارا بالتخصيص . وإنما هى منقول بطبيعته[3] . وهذا بخلاف أثاث الفنادق والبنسيونات ومفروشاتها . فإنها تعتبر عقارا بالتخصيص لأنها غير مرصودة لخدمة صاحب الفندق أو البنسيون ، بل هى مخصصة للاستغلال التجارى وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[4].

وإذا كانت المبانى محالا للعبادة ، كالمساجد والكنائس . فما وضع فيها من منقولات خصص للعبادة أى لخدمة المسجد أو الكنيسة يكون عقارا بالتخصيص

---

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢٨٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ – بودرى وشوفو فقرة ٨٤ .

(٢) أما الأبواب والشبابيك والأقفال والمصاعد والأسوار والأدوات الصحية ، فقد رأينا أنها هى وغيرها تعتبر عقاراً بطبيعته لا عقاراً بالتخصيص (انظر آنفا فقرة ١١) .

(٣) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٤ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٨ .

مادام مملوكا لمن أنشأ محل العبادة ، ويكون فى حالة المسجد موقوفا مثله . فيكون عقاراً بالتخصيص منبر المسجد وكرسى القارئ والسجاجيد والأبسطة والحصر ، كما يكون عقارا بالتخصيص نواقيس الكنيسة والأرغن والمقاعد الخشبية وألواح التصوير[1] .

وقد يوضع المنقول فى العقار لتزيينه ، وقد رأينا أن التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٢٥) يشترط فى هذه الحالة أن يكون المنقول ملصقاً بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالإسمنت[2] حتى يكون من موضوعا على سبيل الدوام (à perpétuelle demeure) ، وذلك فيما عدا التماثيل . أما التقنين المدنى المصرى فلم يرد فيه لا شرط الإلصاق ولا شرط الوضع على سبيل الدوام ، ومن ثم يكون حكم المنقول المعد لتزيين العقار هو حكم المنقول المرصود لخدمته . فما وضع فى المبانى لتزيينها ، كالمرايا وألواح التصوير والتماثيل ، مادامت مملوكة لصاحب المبنى وموضوعة فيه على سبيل الثبات والاستقرار ، وليس ضروريا أن يكون على سبيل الدوام ، يكون عقارا بالتخصيص ، دون حاجة لأن يلصق بالمبنى كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى[3] .

وقد رأينا مما تقدم أن المنقول قد يوضع فى عقار لخدمته أو لتزيينه ، فيعتبر عقارا بالتخصيص . والمفروض فى ذلك ، كما قدمنا ، أن مالك العقار هو الذى يستعمل العقار بنفسه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضع مالك العقار المنقول الذى يملكه لخدمة العقار أو لتزيينه على الوجه الذى قدمناه ، وبدلا من أن يستعمل العقار بنفسه يستغله بأن يؤجره مثلا للغير . ففى هذه الحالة يبقى المنقول عقارا بالتخصيص ، ويكون تخصيصه هنا لا الخدمة أو التزيين ، ولكن لما تمكن تسميته بالاستغلال المدنى[4] (exploitation civile) ، وهو يقابل الاستغلال الزراعى أو الصناعى أو التجارى فيما قدمناه .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨ ص ٩٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٦ – أنسيكلوبيدى دالوز ٩ لفظ Biens فقرة ٢٧٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٣) عكس ذلك استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٤ وفقرة ٩١ ص ٩٥ .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التخصيص

٢٠ — صيرورة المنقول بالطبيعة عقارا حكما : قدمنا أنه إذا وضع منقول في عقار لخدمته أو لاستغلاله واتحد المالك . فإن المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص . ومعنى ذلك أن المنقول . وإن ظل محتفظاً بطبيعته كمنقول ، يصير في حكم العقار . فهو منقول طبيعة . عقار حكما . وصيرورته عقاراً حكماً إنما يكون عن طريق افتراض قانوني (fiction légale) . ويريد القانون من إضفاء صفة العقار على المنقول أن يجعل هذا المنقول جزءاً من العقار لا ينفصل عنه . ومن ثم يأخذ حكم العقار عن طريق افتراض أنه هو نفسه عقار . والغرض من جعل المنقول غير قابل للانفصال عن العقار توقي ما ينجم من ضرر عن هذا الانفصال . فالمنقول قد ألحق بالعقار على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته أو لاستغلاله . فلو أمكن فصله عنه بالحجز عليه مثلا مستقلا حجز منقول . عاد ذلك بالضرر على العقار إذ يفقد عنصرا هاما من عناصر خدمته أو استغلاله . أما إذا اعتبر المنقول عقاراً حكما غير قابل للانفصال عن العقار الأصلي . فإنه لا يمكن الحجز على المنقول مستقلا وفصله عن العقار بهذا الحجز . بل يجب الحجز على العقار الأصلي والمنقول معاً باعتبارهما وحدة لا تتجزأ . ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول ، وبذلك لا ينفصل المنقول عن العقار ويبقى دائما معه لخدمته أو لاستغلاله .

ويترتب على اعتبار المنقول بطبيعته عقارا حكما أن هذا المنقول يبقى مشاركا للمنقول في طبيعته مخالفا له في حكمه . ويصبح في الوقت ذاته مشاركا للعقار في حكمه مخالفا له في طبيعته . فهو يتميز عن المنقول في الحكم ، ويتميز عن العقار في الطبيعة . ومن ثم وجبت مقارنته بكل من المنقول والعقار لنرى أين يختلف مع كل منهما .

٢١ — الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته : بمجرد أن يلحق منقول بعقار ويصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن هذا المنقول تسري عليه بوجه عام أحكام العقار . ومن ثم تقوم فروق كثيرة بين حالته بعد أن أصبح عقاراً بالتخصيص وحالته عندما كان منقولاً مستقلا . وقد كان التقنين المدني

السابق لا يذكر من هذه الفروق إلا الحجز . فكانت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « إلا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها إذا كانت ملكاً لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالا ثابتة بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » . وقد كان قصر النص لأثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز منتقداً فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكان ميل الفقه والقضاء إلى التوسع فى النص وقياس حالات أخرى على حالة الحجز . وأكد التقنين المدنى الجديد هذا الاتجاه ، فأغفل النص على قصر الأثر على الحجز حتى تكون آثار العقار بالتخصيص أوسع نطاقا[1] .

فالنتائج التى تترتب على فكرة العقار بالتخصيص تشمل إذن الحجز وغيره ، وهى بعينها الفروق التى توجد بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته ، ونذكر من هذه الفروق ما يأتى :

١ - عندما يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، فإنه يأخذ حكم العقار لا حكم المنقول فى صدد الحجز . فلا يجوز أولا الحجز على العقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الأصلى ، حتى لا ينفصل عنه كما قدمنا . وإذا وقع الحجز فإنه يوقع على العقار الأصلى والعقار بالتخصيص معاً باعتبارهما عقاراً واحداً لا يتجزأ ، ويكون الحجز بطبيعة الحال حجز عقار لا حجز منقول . والذى يوقع الحجز هو دائن المالك ، والمفروض أن مالك العقار الأصلى هو نفس مالك العقار بالتخصيص . ولولا فكرة العقار بالتخصيص لكان من مصلحة الدائن ، إذا كانت قيمة العقار بالتخصيص تغطى حقه ، أن يقصر الحجز على هذا العقار الذى هو فى حقيقته منقول ، ولكان يلجأ فى ذلك إلى إجراءات حجز المنقول وهى أسرع وأقل تعقيداً وكلفة من إجراءات حجز العقار ،

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص٤٦٧ - ولما تقدم بعض مستشارى محكمة النقض إلى لجنة مجلس الشيوخ باقتراح يرمى إلى إعادة النص الذى يقصر أثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز رفضت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى . ونتائج التخصيص قد تظهر فى البيع والقسمة والوصية ، ولذلك آثرت اللجنة أن تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج أشمل من نطاقها الحالى (انظر آنفاً فقرة ٤ فى الهامش) .

ولكان ينجم عن ذلك أن يباع هذا المنقول مستقلا عن العقار الأصلى فينفصل عنه . وهذا ما أراد القانون توقيه عن طريق إضفاء صفة العقار على المنقول وجعله جزءاً لا يتجزأ من العقار الأصلى ، فيوجب الحجز عليهما معاً حجز عقار ، ويمنع بذلك انفصال المنقول عن العقار[1] .

٢ – إذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ورهن العقار الأصلى رهنا رسميا أو أخذ عليه حق اختصاص ، فإن الرهن الرسمى أوحق الاختصاص يمتد ليشمل العقار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن العقار الأصلى . ولولم تضف على المنقول صفة العقار بالتخصيص وبقى منقولا على طبيعته ، لما جاز أن يمتد إليه الرهن الرسمى أو الاختصاص لأن أيا من هذين لا يقع إلا على عقار ، ولا نفصل المنقول عن العقار الأصلى عند التنفيذ على هذا العقار . وهذا هو ما أكدته المادة ١٠٣٦ مدنى تطبيقاً لفكرة العقار بالتخصيص ، إذ نصت على ما يأتى : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » .

٣ – ويمكن القول بوجه عام إنه إذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص فإنه يصبح غير قابل للانفصال عن العقار الأصلى ، بحيث لو وقع تعامل على العقار الأصلى لتناول هذا التعامل العقار بالتخصيص مع العقار الأصلى فى وقت واحد . ولو أن العقار بالتخصيص ظل منقولا على طبيعته ، ووقع تعامل على العقار الأصلى ، لاقتصر التعامل على هذا العقار وحده ، ولانفصل عنه المنقول . فإذا بيع العقار الأصلى ، شمل البيع العقار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن ذاك . وتقول المادة ٤٣٣ مدنى فى هذا الصدد : « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» .[2] وإذا

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٦ ص ٨٧ وفقرة ٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ . والعبرة فى معرفة ما إذا كان المال عقاراً بالتخصيص بوقت الحجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣٣) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٩٦ ص ٨٧ .

كان هناك ملاك على الشيوع يملكون مع العقار الأصلى الشائع أموالا أخرى كلها شائعة بينهم . وقد وضعوا فى العقار منقولا رصدوه على خدمته أو استغلاله فأصبح عقاراً بالتخصيص ، واقتسموا بعد ذلك الأموال الشائعة ووقع العقار فى نصيب أحدهم ، فإن العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصلى ويقعان جميعا فى نصيب هذا الشريك حتى لا ينفصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصلى[1]. وإذا أوصى شخص بمنقولاته لشخص آخر . فلا تشمل هذه المنقولات الموصى بها العقار بالتخصيص المرصود لخدمة عقار أصلى أو استغلاله ، حتى لا ينفصل هذا العقار بالتخصيص عن العقار الأصلى[2] . ويمكن القول أيضاً بأنه إذا رتب حق انتفاع على العقار الأصلى أو أوجر هذا العقار ، شمل كل من حق الانتفاع والإيجار مع العقار الأصلى العقار بالتخصيص ، حتى لا ينفصل الثانى عن الأول[3] .

٤ – إذا انتقلت ملكية العقار الأصلى وكان ملحقاً به عقار بالتخصيص ، فإن العقار بالتخصيص وحقيقته منقول يعامل معاملة العقار فى رسوم التسجيل ، ويلحق من جراء ذلك غبن بمن يتعامل فى العقار بالتخصيص[4] . وهنا جاوز القانون ، بإضفاء صفة العقار على المنقول ، الغرض الذى استهدفه ، وألحق بالمتعاملين غبناً لم يكن مقصوداً بهذه الصفة الافتراضية المحضة التى أضفاها على المنقول ، وهذا الحكم من أهم المآخذ على فكرة العقار بالتخصيص . وتتحايل الناس عادة لتوقى هذا الغبن ، فيبيع المالك للمشترى أولا العقار بالتخصيص مستقلا باعتباره منقولا بطبيعته ، ثم يبيعه العقار الأصلى منفصلا عن العقار بالتخصيص[5] .

٢٢ – الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته : على أن العقار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

(٣) حسن كيرة فقرة ٢٩ ص ٩٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨٠ .

(٥) ولكن إذا كشف القاضى التحايل رده ، واعتبر البيعين صفقة واحدة وقعت على عقار (انظر فى هذه المسألة بودرى وشوفو فقرة ٥٥ ص ٤٧ – ص ٤٨ وص ٤٨ هامش ١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٤ هامش ٧) .

بالتخصيص . إذا اعتبر عقاراً حتماً فطبقت عليه بوجه عام أحكام العقار على النحو الذي بيناه فيما تقدم . لا يزال في طبيعته منقولا ولم يفقد هذه الطبيعة من جراء اعتباره عقاراً بالتخصيص . ومن ثم يختلف عن العقار بطبيعته من وجوه ، أهمها ما يأتي :

١ — يصبح المنقول عقاراً بطبيعته إذا أدمج إدماجا ماديا في عقار أصلي بطبيعته ، ويستوى في ذلك أن يكون من قام بعملية الإدماج المادى (incorporation) هو المالك للعقار الأصلي أو غير المالك كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجا ماديا في العقار الأصلي واقتصر على جعله عقارا بالتخصيص . فإنه من الضرورى أن يكون من قام بعملية التخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي . إذ يشترط في العقار بالتخصيص اتحاد المالك ولا يشترط ذلك في العقار بطبيعته . يضاف إلى ذلك أن المنقول إذا أصبح عقاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادى . فإنه يصبح ملكا لصاحب الأرض طبقاً لقواعد الالتصاق ، أما في العقار بالتخصيص فلا تطبق قواعد الاختصاص ولسنا في حاجة إلى تطبيقها إذ المفروض أن مالك العقار الأصلي هو مالك العقار بالتخصيص[1] .

٢ — إذا أصبح المنقول عقاراً بطبيعته عن طريق الإدماج المادى . فإنه يفقد ذاتيته . وإذا كان بائع هذا المنقول لم يقبض ثمنه فأصبح له عليه حق امتياز بائع المنقول ، فإن حق الامتياز هذا يزول بفقد المنقول لذاتيته وصيرورته عقاراً بطبيعته . أما إذا لم يدمج المنقول إدماجا ماديا في العقار واقتصر على جعله عقاراً بالتخصيص . فإنه لا يفقد ذاتيته كمنقول ، ويبقى البائع محتفظاً بحق امتيازه عليه . وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى في هذا الصدد : « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية »[2] .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٤ — فقرة ٩٥ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧١ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٤ ص ٧٤٠ .

وقد قدمنا(١) أن صاحب العقار الأصلى إذا رهنه رهنا رسميا ، امتد الرهن إلى ما يوجد بالعقار الأصلى من عقار بالتخصيص. فإذا فرضنا أن صاحب العقار الأصلى اشترى منقولا ولم يدفع ثمنه ، ورصده لخدمة العقار أو لاستغلاله فأصبح عقاراً بالتخصيص ، فإن بائع المنقول يظل محتفظا بحق امتيازه كما تقدم القول . فإذا رهن المالك العقار بعد ذلك رهنا رسميا ، فإن هذا الرهن يمتد إلى العقار بالتخصيص كما قدمنا ، ومن ثم يقوم حقان متعارضان على هذا العقار بالتخصيص : حق امتياز بائع المنقول وحق الدائن المرتهن رهنا رسميا . ويبدو أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى سالفة الذكر « وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية » ، تسوغ القول بأن حق الدائن المرتهن رهنا رسميا لا يخضع لحق امتياز بائع المنقول ، مادام هذا الدائن حسن النية أى لا يعلم بوجود امتياز البائع . والرهن الرسمى ، فى الفرض الذى نحن بصدده ، تال لبيع المنقول . فإذا كان الدائن المرتهن وقت الرهن لا يعلم بوجود امتياز البائع ، فإن حقه يتقدم على حق البائع ، وإلا فإن حق البائع هو الذى يتقدم لأن الدائن لا يكون حسن النية . أما إذا كان الرهن الرسمى سابقا على بيع المنقول ، فإن الدائن المرتهن يكون غالبا حسن النية إذ قل أن يعلم بوجود امتياز للبائع وقت وضع المنقول فى العقار فليست هناك وسيلة لشهر الامتياز على المنقول ، ومن ثم يتقدم حقه على حق امتياز البائع . فإذا أثبت البائع أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت وضع المنقول فى العقار بوجود امتياز البائع ، بأن يكون البائع مثلا قد أخطر الدائن المرتهن بوجود حق الامتياز ، فإن الدائن المرتهن لا يكون حسن النية ، ويتقدم عليه بائع المنقول(٢) .

٣ – إذا نزعت ملكية العقار الأصلى للمنفعة العامة ، فإن نازع الملكية يعوض المنزوع ملكيته عن العقار الأصلى وكل ما أدمج فيه إدماجا ماديا من عقار بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فإنه يفصل عن العقار الأصلى ويرد لصاحبه عينا بدلا من تعويضه عنه ، ما لم يكن فصل هذا العقار بالتخصيص

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١ .

(٢) انظر فى هذه المسألة حسن كيرة فقرة ٢٩ ص ٩٤ – ص ٩٥ والمراجع المشار إليها

ينتقص من قيمته انتقاصا محسوسا فعند ذلك يأخذه نازع الملكية ويعوض عنه المالك[١]

٤ – ويمكن القول أيضاً إن العقار بالتخصيص . باعتبار أنه لم يفقد ذاتيته كمنقول ، يجوز أن يكون محلا لجريمة السرقة . أما العقار بطبيعته فلا تتصور سرقته ، إلا إذا نزع جزء منه فأصبح هذا الجزء منقولا ، وعند ذلك يجوز أن يكون محلا للسرقة[٢].

٢٣ – متى ينتهى التخصيص فتعود للعقار بالتخصيص صفته الأصلية كمنقول بطبيعته : قدمنا[٣] أن التخصيص لا تكفى فيه إرادة المالك وحدها ، بل يجب فوق ذلك التخصيص الفعلى لخدمة العقار أو استغلاله . وقد كيفنا التخصيص تبعا لذلك بأنه عمل مختلط ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص فى ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره تبعا لعنصره الغالب واقعة مادية لا تصرفا قانونيا[٤] .

فالأصل إذن أن ينتهى التخصيص بانقطاع المنقول عن أن يكون مرصوداً لخدمة العقار أو لاستغلاله ، والعلامة المادية لذلك هو أن ينتزع المالك المنقول من العقار ويخصصه لأغراض أخرى ، فيزول بذلك التخصيص الفعلى وتزول معه إرادة المالك فى التخصيص . وفى هذه الحالة الظاهرة تعود للمنقول صفته الأصلية ويرجع منقولا بطبيعته ، مالم يخصص لخدمة عقار آخر فيصير عقاراً بالتخصيص مرة أخرى[٥] .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٥ ص ٨٧ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٥ .

(٢) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٥ فى الهامش .

(٥) وقد يكون الذى يفصل المنقول عن العقار هو غير المالك ، كما إذا باع المستأجر للأرض المواشى المرصودة لاستغلالها بغير إذن المالك . فإذا تسلم المشترى المواشى وكان حسن النية ، فإنه يتملكها بالحيازة إذ تعود المواشى منقولا بطبيعته وتزول عنها صفة العقار بالتخصيص بفصلها عن العقار الأصلى . وللمالك أن يرجع على المستأجر بالضمان . أما إذا كان الذى اشترى المواشى هو المستأجر نفسه وقد اشتراها من المالك ، ولكنه أبقاها مرصودة لاستغلال الأرض ، =

وليس من الضروري لانتهاء التخصيص الفصل المادي للمنقول عن العقار ، بل يكفي أن يتصرف المالك في المنقول مستقلا عن العقار ، أو أن يتصرف في العقار مستقلا عن المنقول . فإذا باع المالك المواشي المرصودة لاستغلال الأرض ، فإنه يكون بهذا التصرف قد فصل المواشي عن الأرض ، فتصبح المواشي منقولا بطبيعته ، ويكون البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار بما يستتبع ذلك من نتائج قانونية ومنها عدم وجوب الشهر ، وكل ذلك قبل انتزاع المواشي عن الأرض وتسليمها المشتري[١] . ولكن هذا إنما يكون في العلاقة ما بين المالك والمشتري للمواشي ، أما بالنسبة إلى الغير فيجب انتزاع المواشي من الأرض حتى يكون انقطاع التخصيص حجة عليه ، لأن انتزاع المواشي هو العلامة المادية الظاهرة بالنسبة إلى الغير . فلو أن الأرض كانت مرهونة رهنا رسميا ورصدت المواشي بعد الرهن لاستغلال الأرض ، فإنها تصبح عقاراً بالتخصيص وتصبح مرهونة كالأرض . فإذا باعها المالك دون أن ينتزعها من الأرض ، فلا يحتج بذلك على الدائن المرتهن ، ويستطيع هذا أن ينفذ على الأرض والمواشي جميعا باعتبارها مرهونة له . أما إذا انتزعت المواشي من الأرض وسلمت للمشتري ، فإن انقطاع صفة العقار عن المواشي يصير حجة على الدائن المرتهن ولايكون له أن ينفذ على المواشي باعتبارها مرهونة له ،وذلك سواء كان المشتري يعلم بالرهن أو لا يعلم به[٢] . وهذا بخلاف ما إذا كانت المواشي قد رصدت لاستغلال الأرض قبل الرهن ، فإن انتزاعها من الأرض وتسليمها للمشتري لا يكون حجة على الدائن المرتهن إلا إذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم بوجود الرهن ، فعند ذلك يستطيع

= فإنها تعود منقولا بطبيعته بالرغم من رصدها لاستغلال الأرض ، إذ يختل هنا شرط اتحاد المالك فقد أصبح مالك المواشي غير مالك الأرض . على أنه إذا وجد دائن مرتهن للأرض ، فإنه يحق له أن ينفذ على الأرض والمواشي معاً باعتبارها مرهونة له ، ولا يستطيع المستأجر التمسك بحيازته للمواشي ولو كان حسن النية ، إذ أن حيازته غامضة فهو لم يفصل المواشي عن الأرض بل أبقاها مرصودة لاستغلالها . انظر حسن كيرة فقرة ٣٠ ص ٩٩ — ص ١٠٠ .

(١) بودري وشوفو فقرة ٩٢ — وقرب كاربونييه ص ٧٤ .

(٢) وذلك لأن الدائن المرتهن لم يكن يعتمد وقت الرهن على المواشي ، إذ هي لم تخصص لاستغلال الأرض إلا بعد الرهن .

المشترى أن يتمسك بالحيازة فيما يتعلق بالرهن وتخلص له ملكية المواشى خالية من الرهن(١) . ويكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة المطالبة بإسقاط الأجل(٢) إذا كان المدين قد أنقص التأمينات إنقاصاً كبيراً . وقد نصت المادة ١٠٤٧ مدنى فى هذا الصدد على أن « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيراً . وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدنى على أنه « إذا تسبب الراهن بخطأه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فوراً » .

وإذا باع المالك الأرض واستبقى المواشى مشترطا عدم دخولها فى البيع . فإن المواشى تصبح منقولا بطبيعته لانقطاعها عن أن تكون مرصودة لاستغلال الأرض . وذلك فى العلاقة ما بين المالك ومشترى الأرض فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بالمواشى باعتبارها عقاراً بالتخصيص بعد أن زالت عنها هذه الصفة . أما بالنسبة إلى الغير كالدائن المرتهن . فإنه يجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض تاليا للرهن فلا يكون للدائن المرتهن حق على المواشى إذ هو لم يعتمد عليها وقت الرهن وتبقى الأرض وحدها مرهونة فى يد المشترى . وبين ما إذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض سابقاً على الرهن فيكون الدائن المرتهن قد اعتمد عليها ومن حقه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « إذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته . كما إذا باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت فى حيازة مشتر حسن النية . ملكها بالحيازة خالصة من الرهن . ويكون للدائن حق الرجوع على الراهن بالضمان - أما إذا لم يتسلمها المشترى ، أو تسلمها وهو سىء النية . فإنها تبقى مثقلة بحسن الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) . هذا يكون للدائن المرتهن ، فيما إذا تسلم المشترى حسن النية المواشى ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشترى . وأن يستعمل حقه فى التقدم على هذا الثمن (شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٣٥٤ ص ٢٦٤ - شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٠ .

أن ينفذ عليها مع الأرض ، ولا يكون فصل المواشى عن الأرض حجة عليه إلا إذا انتقلت المواشى إلى حائز حسن النية فتخلص له ملكيتها خالية من الرهن ، ويرجع الدائن المرتهن فى هذه الحالة على المدين بالضمان[١] .

ومن ذلك نرى أن فكرة العقار بالتخصيص ، أى إضفاء صفة العقار على منقول بطبيعته عن طريق الافتراض القانونى ، فكرة قلقة غير مستقرة . فالمنقول يصير عقاراً بالتخصيص ثم يعود منقولا ثم يصبح عقاراً بالتخصيص فى ظروف شتى ، وهكذا تثبت هذه الصفة ثم تزول ثم تعود ، وتضيع بين ثبوتها وزوالها وعودتها فكرة العقار ، وهى فكرة تفيد الثبات والاستقرار .

٢٤ — إمكان الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية :
وقد دعا ذلك بعض الفقهاء إلى استنكار تغير طبيعة المنقول فيصبح عقاراً عن طريق افتراض قانونى محض يتعارض مع طبيعة الأشياء ، وما ينشأ عن ذلك من صعوبات كثيرة . ويقول پلانيول وريپير وپيكار فى هذا الصدد : « إن فكرة العقار بالتخصيص ، وهى مصدر لصعوبات مستمرة ، قد تكون ، من بين خلق القانون الحديث ، هى أبعد الأفكار فى انعدام جدواها »[٢] .

ولم تكن هذه الفكرة معروفة فى القانون الرومانى على نحو ما عرفت به فى القانون الحديث ، وكان الرومان يشيرون إليها ، لا عند تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول ، بل عند تحديد ما يدخل فى المبيع أو الموصى به من توابع فى بيع المنازل والأراضى أو فى الوصية بها . والذى كانوا يقصدون إليه من ذلك ليس هو إضفاء صفة العقار على المنقول ، بل تحديد ما يتبع المبيع أو الموصى به من ملحقات ليشملها البيع أو الوصية[٣] . وانتقلت الفكرة إلى القانون الفرنسى القديم ، فى العادات الفرنسية القديمة ، محورة ؛ حيث اعتبر عقاراً المنقول المرصود لخدمة العقار أو لاستغلاله . ولكنها بدأت محصورة

---

(١) وإذا انتزع أجنبى المواشى عن الأرض فقدت صفتها كعقار بالتخصيص ، حتى إذا ما أعادها صاحبها إلى الأرض رجعت كما كانت عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠) .

(٢) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٧ — وانظر كابونيه ص ٧١ .

(٣) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٧٥ ص ٧٨ — وانظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ٨٦ ص ٥٤ .

فى جزئيات تفصيلية ، وأخذت تعم شيئاً فشيئاً ولكن دون أن تنتهى إلى قاعدة عامة ، حتى أن بوتيه نعى على القانون الفرنسى القديم فى هذه المسألة انعدام التنسيق وعدم وضع قاعدة عامة تجعل عقاراً المنقولات المرصودة لخدمة الزراعة[1] . ومع ذلك فإن القانون الفرنسى القديم كان يقسم الأموال إلى عقار ومنقول ، وكان يجعل العقار بالتخصيص عقارا كالعقار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فلم يكن يقسم العقار إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، وكان بوتييه يعدد أجزاء العقار وفيها عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص مختلطة بعضها ببعض ، دون أن يميز بين هذا أو ذاك .

والذى ميز فى العقار بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص هو التقنين المدنى الفرنسى ، فقد أفرد للعقار بالتخصيص أكثر من نص ، وجعل له اسم « العقار بالتخصيص » . ولما كان ينقل عن بوتيه ، وكان بوتيه كما قدمنا يورد العقار بالتخصيص إلى جانب العقار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فقد أوقع ذلك واضعى التقنين المدنى الفرنسى فى الخطأ حيث اعتبروا ما هو عقار بطبيعته فى بعض الحالات عقاراً بالتخصيص . كما فعلوا فى المادة ٥٢٥ مدنى فرنسى[2] .

ويذهب كثير من الفقهاء المحدثين إلى أنه كان فى الإمكان الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، وبدلا من إضفاء صفة العقار على المنقول يبقى المنقول على طبيعته ويعتبر تابعا للعقار الذى رصد المنقول لخدمته أو لاستغلاله ، فلا يجوز الفصل بينهما ماداما مملوكين لمالك واحد إلا بإرادة هذا المالك[3] .

---

(١) بوتييه فى نظام الاشتراك فى الأموال فى الزواج (régime de communauté) فقرة ٤٤ – وانظر بردرى وشوفو فقرة ٥٦ ص ٥٤ – ص ٥٥ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٧٥ .

(٢) انظر پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٧٥ ص ٧٩ .

(٣) چوسران ١ فقرة ١٣٥٢ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٧٧ – پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٤٤ – مارتى ورينو فقرة ٣١٥ – دى پاچ وديكرز ٥ فقرة ٦٤٧ – شفيق شحاته فقرة ٤٥ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٢ – وقارن كولان وكاپيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ٩٢٣ – حسن كيرة فقرة ٢٧ .

وتأخذ بعض التقنينات الحديثة صراحة بفكرة التبعية ، كالتقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى والتقنين المدنى الإيطالى .

وتفضل فكرة التبعية فكرة العقار بالتخصيص فى أنها أولا لا تتعارض مع طبيعة الأشياء فتجعل من المنقول بطبيعته عقاراً ، وفى أنها ثانيا تستبقى من النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص ماهو حق وتستبعد منها ما هو غير حق .

ولتوضيح هذه النقطة الأخيرة ، نذكر أن أهم النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص مسائل أربع[1] . وأولى هذه المسائل هى أنه لا يجوز الحجز على العقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الأصلى . بل يجب توقيع الحجز على العقار الأصلى والعقار بالتخصيص ، ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن المنقول قد أصبح تابعا للعقار تبعية لا تجيز الفصل فيما بينهما ، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الحجز على أحدهما دون الحجز على الآخر ، فإذا ما حجز عليهما معاً تغلبت صفة الأصل على صفة التبع وكان الحجز حجز عقار لا حجز منقول . والمسألة الثانية أن الرهن الرسمى (وحق الاختصاص) يمتد ليشمل العقار بالتخصيص . وظاهر أن هذه النتيجة يمكن الوصول إليها فى كثير من اليسر عن طريق فكرة التبعية دون حاجة إلى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال إن الرهن الرسمى يشمل ملحقات العقار المرهون ومنها المنقولات التى رصدت لخدمة هذا العقار واستغلاله ، دون أن تتغير طبيعة هذه المنقولات فتصبح عقاراً . والمسألة الثالثة أن العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصلى عند التعامل فى هذا العقار بالبيع أو القسمة أو الوصية أو غير ذلك . وهنا أيضاً يمكن فى كثير من اليسر الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، فيقال إن المنقولات التى رصدت لخدمة عقار أو لاستغلاله تتبع هذا العقار عند التعامل فيه ، دون أن تتغير طبيعة المنقول فتصبح عقارا . هذه المسائل الثلاث هى النتائج الحقة من فكرة العقار بالتخصيص ، وقد رأينا أنه يمكن فيها الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية . بقيت المسألة الرابعة ، وهى مسألة شمول رسوم التسجيل العقار بالتخصيص ، فقد رأينا هنا أنه قد دفع الافتراض القانونى إلى حد غير مقصود . فهذه النتيجة من نتائج فكرة العقار بالتخصيص

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢١ .

للهجة غير حقة ، ويمكن توقيها بإحلال فكرة التبعية محل فكرة العقار بالتخصيص . ففكرة التبعية لا تقتضى تغيير طبيعة المنقول كما قلمنا ؛ فيبقى المنقول المرصود لخدمة العقار أو استغلاله منقولا على طبيعته ، وإذا انتقلت ملكيته مع العقار الأصلى بقى منقولا ، ولم تشمله رسوم تسجيل العقار .

ويقول أنصار فكرة التبعية إنه ليس من الضرورى أن يشارك المنقول التابع العقار المتبوع فى صفته العقارية ، وإنه يستساغ أن يكون المنقول تابعا للعقار مع بقائه منقولا على حاله . وهذا متحقق فى الفرض العكسى ، وهو ما إذا كان العقار هو التابع للمنقول ، فإنه يبقى محتفظا بطبيعته كعقار ، ولا تقلب تبعيته للمنقول طبيعته فتصيره منقولا . مثل ذلك أن يخصص عقار لخدمة متجر ، فيبقى عقاراً مع أنه تابع لمنقول وهو المتجر[١] . ومثل ذلك أيضاً الرهن الرسمى فهو عقار لأنه حق عينى مترتب على عقار ، وهو مع ذلك تابع للدين المضمون بالرهن ، فهو إذن تابع لمنقول ولم تحل هذه التبعية بطبيعته إذ بقى على حاله عقاراً[٢] .

المبحث الثانى

المنقول

٢٥ — المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل : كما يعرف التقنين المدنى

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ — شفيق شحاته فقرة ٤٥ .

هذا وإذا كان المنقول بحسب المآل هو الذى يقابل العقار بالتخصيص ، من ناحية أن عقارا بطبيعته اعتبر منقولا حكما فى المنقول بحسب المآل ، وأن منقولا بطبيعته اعتبر عقاراً حكما فى العقار بالتخصيص ، فليس للمنقول بحسب المآل ما يقابله من عقار بحسب المآل ، ولا للعقار بالتخصيص ما يقابله من منقول بالتخصيص . أما أن المنقول بالتخصيص لا يوجد ، فذلك واضح مما قدمناه من أن العقار قد يرصد لخدمة المنقول ومع ذلك لا يصبح منقولا بالتخصيص . كذلك لا يوجد عقار بحسب المآل ، فقد قضت محكمة النقض ، فى عقد بيع حصة فى ماكينة طحين ورد ثمنها على أساس الثمن الذى اشترى به البائع الماكينة مع إضافة المصروفات التى ستنفق لإقامة مبنى وتثبيت الماكينة فيه ، بأن البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار (بحسب المآل) ، فتثبت الملكية للمشترى بمجرد العقد دون تسجيل (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٧ — إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١١٠) .

نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص ، كذلك يعرف نوعين من المنقول : المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل . والعقار بطبيعته يقابله المنقول بطبيعته . أما العقار بالتخصيص فلا يقابله منقول بالتخصيص . ذلك أنه إذا رصد عقار لخدمة منقول . كالرهن الرسمي يؤمن دينا . فقد قدمنا[1] أن العقار يبقى محتفظاً بطبيعته كعقار . ولا تقلبه تبعيته للمنقول فيصير منقولا بالتخصيص . ولكن إذا كان لا يوجد منقول بالتخصيص يقابل العقار بالتخصيص . فقد ذكرنا[2] أن هناك في المنقول ما يقابل العقار بالتخصيص وهو المنقول بحسب المآل . فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته اعتبره القانون بسبب تخصيصه عقاراً كما سبق القول ، والمنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته اعتبره القانون بحسب مآله منقولا إذ هو موشك أن يصبح منقولا ، ولذلك سمي منقولا بحسب المآل .

والأصل في المنقول – كالأصل في العقار – أن يكون منقولا بطبيعته . وهناك حالات خاصة استثنائية يصبح فيها العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل كما سنرى ، ويصبح فيها المنقول بطبيعته عقاراً بالتخصيص كما رأينا .

فعندنا إذن نوعان من المنقول : المنقول بطبيعته وهو الأصل ، والمنقول بحسب المآل وهو الاستثناء .

المطلب الأول

المنقول بطبيعته

(Meuble par nature)

٣٦ – **تعريف المنقول بطبيعته** : قدمنا[3] أن التقنين المدني لم يعرف المنقول بطبيعته تعريفا مباشراً كما فعل في تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول في آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدني : « كل ما عدا ذلك (أي ما عدا العقار) من شيء فهو منقول » . فكل ما ليس عقاراً بطبيعته أو عقاراً

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٤ في آخرها .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥ في آخرها وفقرة ٢٤ في آخرها في الهامش .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥ .

بالتخصيص يكون منقولا بطبيعته . وتعرفه المادة ٦٢ مدنى عراقى تعريفاً مباشراً بأنه « كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود ، والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة » . كما تعرفه المادة ٥٢٨ مدنى فرنسى على الوجه الآتى : « تكون منقولات بطبيعتها الأشياء التى يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر ، سواء لأنها تتحرك بذاتها كالحيوانات ، أو لأنها لا تستطيع تغيير مكانها إلا بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية » .

فالمنقول بطبيعته هو إذن كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فهو بخلاف العقار بطبيعته غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه . فالحيوانات كلها منقول ، وكذلك العروض ، والمكيلات والموزونات ، والمأكولات والمشروبات ، وأثاث المنزل ، والبضائع ، والكتب والورق والأقلام ، والسيارات والمركبات ، والسفن والمراكب والطيارات ، وأكشاك الاستحمام المقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ، وأكشاك الأسواق والمعارض ، وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ، والأكشاك الخشبية والمبانى التى تقام مدة الأعياد والموالد إذا لم تثبت فى الأرض[1] .

ولا يمنع صفة المنقول أن يكون الشيء قد وضع فى مكان معين لا ينتقل منه ، مادام يمكن نقله إلى مكان آخر دون تلف إذا أريد ذلك . فالعبرة ليست إذن بانتقال الشيء فعلا من مكان إلى آخر ، بل بإمكان انتقاله حتى لو كان ثابتا فى مكان واحد . فالعوامات مثلا منقول[2] ، وهى عادة تستقر فى مكان لا تغادره ، ولكن يمكن نقلها إلى مكان آخر دون أن تتلف. والمعديات وهى مراكب صغيرة تنقل الناس من أحد شاطئى النهر إلى الشاطيء الآخر فى مكان معين من النهر لا تغيره عادة ، هى منقولات بطبيعتها لأنها تتحرك دون أن تتلف ، وإن كانت تلازم مكانا معينا . وفى بعض البلاد كفرنسا تقام الحمامات (bains) والمغاسل (lavoirs) والمطاحن (moulins) على صفحة النهر فوق المراكب ، دون أن يكون لها أساس ثابت بل تشد

---

(١) انظر آنفا فقرة ١١ .

(٢) مصر مستعجل ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢١ رقم ٥٧ ص ٩٩ .

عادة بحبال ، فهذه أيضاً تكون منقولا بطبيعته وإن كانت تلزم مكاناً معينا دون أن تتحرك ، لأنه يمكن تحريكها ونقلها إلى مكان آخر دون أن تتلف[١]

٢٧ — التيار الكهربائى والغاز ومواد البناء وأجزاء البناء المتهدمة : والرأى السائد ، فى مصر وفى فرنسا ، أن التيار الكهربائى والغاز ، متى أصبحا مملوكين بسبب الاستحواز عليهما ، يعتبران من المنقولات بطبيعتهما ، ويجوز أن يكونا محلا للسرقة[٢] . وهذا بخلاف الأمواج الكهربائية المولدة للراديو ، فهى لا تصلح فى حالتها الحاضرة للتملك[٣] .

ومواد البناء المتجمعة والمعدة لتشييد البناء تعتبر منقولا بطبيعته مادامت لم تشيد ، فإذا ما شيدت أصبحت عقارا بطبيعته . وفى أثناء التشييد ، ما شيد منها يكون عقارا ، ومالم يشيد يبقى منقولا . وإذا تهدم جزء من البناء ، سواء بقوة قاهرة أو بصنع صانع ، فإن الأنقاض المتهدمة تصبح منقولا ، حتى لو كان المالك هو الذى قام بالهدم وقصد إعادة البناء وأعاده فعلا . وتنص المادة ٥٣٢ مدنى فرنسى صراحة على هذا الحكم فتقول : « الأنقاض الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولا إلى أن يستخدمها فى تشييد البناء »[٤] . ولكن يلاحظ أن المالك قد ينزع جزءاً

---

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢٩٧ – لوران ٥ فقرة ٤٩٨ – بودرى وشوفو فقرة ١٢١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ – ص ٣٤ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٦ .

(٢) نقض جنائى ٦ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ – ٢٠ – ٢٠ – نقض فرنسى جنائى ٣ أغسطس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣٣٧ – ١٢ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى پاليه ١٩٤١ – ٢ – ٦٥ – إكس ١٢ يوليه سنة ١٩٣٧ جازيت دى پاليه ١٩٣٧ – ٢ – ٧٤٥ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ – بيدان وفوارن فقرة ١٤١ – محمد على عرفة فقرة ٩٩ – حسن كيرة فقرة ٣٢ ص ١٠٣ .

(٣) Sundemont رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ – Dugant رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٠ – Casals رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ هامش ١ مكرر – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٨ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١١ فى الهامش .

من البناء لإصلاحه وإعادته بعد ذلك إلى مكانه ، كأن ينزع الشبابيك أو الأبواب أو المواسير أو نحو ذلك لإصلاحها ثم إعادتها ، فني الفترة التي يبقى فيها هذا الجزء منتزعا يبقى عقاراً كما كان قبل انتزاعه ولايصير منقولا ، لأن هذه الفترة عارضة موقتة وسيعود الجزء إلى مكانه الأول كما كان . وهناك فرق واضح بين هدم البناء لإعادته حيث تصبح الأنقاض فى فترة هدمها منقولا كما سبق القول ، وبين انتزاع (لا هدم) جزء من البناء محدود المعالم وإصلاحه ثم إعادته إلى مكانه حيث يبقى هذا الجزء عقاراً حتى فى فترة انتزاعه كما قدمنا[1] .

٢٨ — المنقولات الخاضعة للقيد أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة[*] : أهم هذه المنقولات هى السفن والطائرات ، فهى وإن كانت منقولات تتحرك من مكان إلى مكان دون تلف ، إلا أنها أضخم وأعلى قيمة من كثير من العقارات ، والمهم فيها أنه يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير ، تقيد فيه السفينة أو الطائرة كما تقيد التصرفات الواردة على أى منهما . والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) فى العقارات .

وقد وردت نصوص فى التقنين البحرى صريحة فى أن السفن وغيرها من المراكب البحرية ، كبيرة كانت أو صغيرة ، تعتبر منقولا بطبيعته . فنصت المادة ٤ من هذا التقنين على أن « السفن التجارية وغيرها من المراكب البحرية ، وإن كانت من المنقولات ، إلا أنه يبقى حق الدائن عليها مثل العقارات إذا انتقلت إلى يد غير مالكها .. » . وقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ – بودرى وشوفو فقرة ١٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص١٠٣ – بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٧ – محمد على عرفة فقرة ٤٨ – حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ – نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ – ١ – ٣٥٣ – عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة فى الحق ص ٩٢ (يعتبر الجزء المنتزع من البناء منقولا ولكنه يكون ملحقا بالبناء) – وانظر آنفا فقرة ١١ فى الهامش .

(*) انظر فى هذه المسألة بحثا ممتعا شاعت فيه روح الفكاهة للأستاذ على محمد البارودى تحت عنوان « حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » ، وهو منشور فى مجلة كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية السنة العاشرة العددين الثالث والرابع .

تسجيل السفن التجارية . وينص فى مادته الأولى على أنه « لا يجوز لأى سفينة أن تسير فى البحر تحت العلم المصرى ، إلا إذا كانت مسجلة وفقاً لأحكام هذا القانون » . ثم تبين المواد التالية كيف يكون التسجيل ، فيجب على مالك السفينة أن يقدم طلبا لتسجيل سفينته يتضمن بيانات معينة أهمها بيان الرهن والحجوز التى وقعت على السفينة إن وجدت ، وتدون هذه البيانات فى سجل خاص معد فى مكاتب التسجيل يسمى « سجل السفن » . وتسلم مصلحة النقل لمالك السفينة بعد تسجيلها شهادة تسجيل مصرية ، وبموجب هذه الشهادة يجوز تسيير السفينة . ثم صدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية . وقد أعد أخيراً مشروع نهائى للتقنين البحرى ، جاء فى المادة ٢ منه : « تعتبر السفينة منقولا تسرى عليه القواعد القانونية العامة والقواعد الواردة فى هذا القانون » . وبالرغم من اعتبار السفينة منقولا إلا أنها أخضعت لنظام من التسجيل يشبه إلى حد بعيد نظام التسجيل فى العقار ، بل ويزيد عليه فى أنه تسجيل عينى باسم السفينة ذاتها لا تسجيل شخصى باسم مالك السفينة . وتنص المادة ٨ من هذا المشروع على أن « التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية على السفينة أو غيره من الحقوق العينية يجب أن تتم بورقة رسمية أو بمقتضى حكم نهائى . فإذا وقعت هذه التصرفات فى بلد أجنبى وجب تحريرها أمام قنصل الجمهورية العربية المتحدة أو أمام الموظف المحلى المختص عند عدم وجوده . ولا تكون التصرفات والأحكام المذكورة نافذة بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، ما لم تشهر طبقا للأوضاع المقررة فى القانون » . وقد نظم الرهن البحرى على غرار الرهن الرسمى الذى لا يكون إلا فى العقار . وهنا أيضاً نجد السفينة تشارك العقار لا المنقول فى خصائصه .

وقد صدر فى شأن الطيارات وتنظيم الملاحة الجوية المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ . تنص المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو أراضيها ، وتشمل كلمة أراضى المياه الإقليمية » . وتنص المادة ٢ على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وقضى المرسوم الصادر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ ، وهو يوم صدور المرسوم بقانون سالف الذكر ،

بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضى المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات . ولا يوجد فى مصر تشريع عام للطيران على غرار القانون الفرنسى الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤، ولكن مصر ارتبطت باتفاقية شيكاجو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ . فأصبحت أحكام هذه الاتفاقية سارية المفعول فيها ، ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات الخاصة لإجراء التسجيل فى سجل خاص على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن(١) .

ونرى مما تقدم أن السفن والطائرات ، وإن كان لا شك فى أنها منقولات ، تخضع ، نظراً لأهميتها ولإمكان إيجاد مقر ثابت لها تسجل فيه ، لكثير من أحكام العقار(٢) ،

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٩٦ ص ١١٤ – وانظر فى اتفاقية شيكاجو الدولية ضياء الدين صالح : محاضرات فى قانون الطيران على الآلة الكاتبة ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٠١ ص ١٠٣ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٣٣٨١ – ٣٣٨٤ .

ويقول الأستاذ على محمد البارودى فى صدد المنقولات ذات الطبيعة الخاصة فى بحثه السابق الإشارة إليه : « هذه المنقولات يجمعها أنها لا تخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وهى القاعدة التى تنطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسى أسبق من المشرع المصرى فى الاستفادة من هذه الطبيعة الخاصة ، إذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة . فبدأ بالسفينة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ ، ثم المحال التجارية فى أول مارس سنة ١٨٩٨ ، ثم المراكب النهرية فى ٥ يوليه سنة ١٩١٧ ، فالطائرات فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، والسيارات فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية فى قانون ١٢ يونيه سنة ١٩٤٤ . أما فى القانون المصرى ، فإن هناك مثلين رئيسيين للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التى لا تخضع لقاعدة الحيازة والتى نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمى على العقار ، والمحل التجارى وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحيازة وقد نظم المشرع المصرى بيعه ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠» (ص ٣٥ من البحث المشار إليه) .

ثم يقول « وكنه الطبيعة الخاصة . . . . التعيين الذاتى ، فهذه المنقولات تتميز بأنها تحمل فى داخلها ، فى كيانها ذاته ، دون حاجة إلى أى عنصر خارجى ، وسائل التعيين التى تكفى لتمييزها عن غيرها من المنقولات .... صفة التعيين الذاتى تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن واقع الحيازة . والحقوق العينية التى نقصدها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وإنما تمتد إلى الحقوق الأخرى أصلية أو تبعية ، كالانتفاع أو الرهن (وشهر الرهن بصفة خاصة بالغ الأهمية فى العمل) ، إذ يستطيع المشرع أن يوجب قيد هذه الحقوق فى سجل تبين فيه عناصر التعيين التى تميز المنقول ، حتى تسرى على الغير .. ويشتد الشبه حينئذ بين نظام الشهر –

فى العقار ونظامه فى المنقولات المعينة تعيينا ذاتيا . وهذا ما فعله المشرع المصرى بالنسبة للسفينة ، وبالنسبة لمحل التجارى » (ص ٥٣ - ص ٦٠ من البحث المشار إليه) .

ويخرج الأستاذ البارودى من ذلك إلى انتقاد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول ، ثم يقترح تقسيما آخر أساسه التعيين الذاتى .

أما عن انتقاد تقسيم الأشياء إلى عقار منقول ، فهو يستظهر ما فى فكرة العقار بالتخصيص وفكرة المنقول بحسب المآل من تعارض مع أساس التقسيم . فى العقار بالتخصيص نرى منقولا يعتبر عقارا ، وفى المنقول بحسب المآل نرى على العكس من ذلك عقاراً يعتبر منقولا . وحتى فى العقار بطبيعته ، كالأبواب والشبابيك والنباتات ، يمكن نقل هذه العقارات دون تلف ، ويقول فى هذا الصدد : « لسنا فى حاجة إلى التخصص فى فن النجارة لكى ندرك مدى السهولة التى ينفصل بها الباب أو النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف . فنحن نعلم - فى غير زهو - أن الأبواب والنوافذ لا تتصل بالبناء إلا عن طريق مفاصل تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ فى حركتها بين الفتح والإغلاق ، وينخلع عنها جسم الباب أو النافذة إذا رفعنا هذا الجسم قليلا إلى أعلى .. أما النباتات ، فهى تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات المشاتل الصغيرة ، بل إن غالبية الأشجار ، حتى الضخمة منها ، لا تموت إذا اقتلعت عن الأرض لفترة معينة بحيث يمكن غرسها فى مكان آخر بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف .. ومن حسن الطالع أن الفقهاء يتحفظون فيقررون أن هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والميازيب تظل كلها عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فإذا انفصلت عن أصلها اعتبرت منقولات . هذا التحفظ ضرورى إلى أبعد حد ، ولولاه لأمكن أن نرى فى الطريق نجارا أو مزارعاً يحمل تحت إبطه أو بين كفيه عقاراً بالطبيعة ، فلا ينوء بما يحمل » (ص ٨٧ - ص ٨٨ من البحث المشار إليه) .

أما التقسيم الآخر الذى يقترحه الأستاذ البارودى ليحل محل تقسيم المال إلى عقار منقول ، فيقوم أساساً على فكرة التعيين الذاتى . فعنده أن « الأموال تنقسم إلى قسمين كبيرين : (أ) أموال تحتفظ لنفسها ، فى كيانها ، بعناصر التعيين الذاتية التى تكفل تمييزها عن غيرها من الأموال الأخرى ، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى عنصر خارجى . (ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تعيين كافية لتمييزها ، فتحتاج فى سبيل ذلك إلى الالتجاء إلى عنصر خارجى عنها ، وهو بصفة عامة حيازة الإنسان » (ص ١٠٧) . ثم يقول : « نستطيع أن نتبين حتى الآن أربع وسائل تؤدى إلى أن يكتسب المال صفة التعيين الذاتى : (أولا) الثبات الطبيعى ، وهو وسيلة العقارات إلى التعيين الذاتى . (ثانيا) كون المال مجموعة واقعية لا يتصور أن تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وبهذه الوسيلة تدخل المحال التجارية والأفلام السينمائية وغيرها من المجموعات فى نطاق الأموال المعينة تعيينا ذاتيا . (ثالثا) كون المال حقاً ثابتا فى ذمة شخص معين ، إذ يتعين الحق بتعيين شخص المدين . وتلك وسيلة الحقوق - أو الأموال المعنوية - إلى الدخول فى نطاق الأموال المعينة تعيينا ذاتيا . (رابعا) اكتساب المال صفة التعيين الذاتى بوسائل صناعية تستند أساساً إلى حماية المشرع وتنظيمه ، كالسفن والمراكب التى ينظم المشرع حالتها المدنية من اسم وجنسية وميناء تسجيل الخ ، وكالسيارات التى يحددها المشرع بنوعها ورقمها . وفى هذه الوسيلة الرابعة للتعيين الذاتى ، أى تلك الوسيلة الصناعية التى تستند إلى حماية المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة فى هذا التقسيم الجديد وقابليته المستمرة للتطور ، واستعداده الدائم لأن يتلقى بين قسميه الكبيرين أى مال جديد ، وأن ينقل من

وبخاصة فى التسجيل والرهن(١) .

المطلب الثانى

المنقول بحسب المآل(*)

(Meuble par anticipation)

٢٩ — نصوص متفرقة : لا يوجد فى التقنين المدنى المصرى ، كما لا يوجد

— أحد قسميه إلى القسم الآخر ، فى غير جود ، الأموال التى تفقد صفة التعيين الذاتى لسبب أو لآخر ، أو الأموال التى تكتسب بوسيلة صناعية مستحدثة صفة التعيين الذاتى التى لم تكن لها من قبل .. بهذا يخلص التقسيم الجديد من الجمود الذى وقع فيه التقسيم إلى عقار ومنقول ، حين ارتكز على وسيلة الثبات وحدها .. فكان هذا العجز الواضح الذى أصابه حين أظهر التطور وسائل أخرى للتعيين الذاتى . وهو عجز أثار وما يزال يثير مشكلة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، تلك المشكلة التى نرجو مخلصين أن يضع بحثنا هذا حلها الأخير » (ص ١٠٧ – ١٠٨)

وقد يكون الاستاذ للبارودى شديد التفاؤل وهو يحسب أن تقسيمه المقترح قد وضع لمشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » حلها الأخير . ولعله يكون قد بالغ فى تصوير هذه المشكلة ، فقد يرد عليه أن هذه المشكلة ليست من الجسامة بحيث تهدم تقسيما جوهريا كتقسيم المال إلى عقار ومنقول ، درجت عليه كل النظم القانونية منذ القانون الرومانى إلى الوقت الحاضر ، مع تطور فى أهمية هذا التقسيم . فهو تارة يبدو تقسيما ثانويا كما هو الأمر فى القانون الرومانى ، وهو طورا يكتسب أهمية خاصة لظروف اجتماعية واقتصادية كما هو الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو أخيراً تدخله تعديلات هامة أو غير هامة ، كأن تلحق صفة العقار المنقول كما فى العقار بالتخصيص ، أو صفة المنقول بالعقار كما فى المنقول بحسب المآل ، وكأن تبرز أهمية بعض المنقولات كالسفينة والطائرة فيوضع لها تنظيم يماثل تنظيم العقار كما هو الأمر فى العصور الحديثة . ولم يحن الوقت الذى ينهدم فيه تقسيم المال إلى عقار ومنقول ، بل سيبقى هذا التقسيم — وقد قاوم أعاصير الزمن — قائما زمنا طويلا . ولعل الأستاذ البارودى نفسه قد أحس ذلك عندما يقول : « ولا يؤثر فى أهمية هذا الاعتبار الجوهرى استمرار بقاء تقسيم العقار والمنقول فى صدر القانون المدنى المصرى ، فأغلب الظن أنه سيبقى أمداً طويلا (ص ١٢٥) » . ولكننا مع ذلك لا يسعنا إلا أن نسجل لبحث الأستاذ البارودى مزية الابتكار وجدة التفكير . وإذا كانت الفكرة التى تقدم بها ، فكرة « التعيين الذاتى » ، لا يهيأ لها فى الوقت الحاضر أن تهدم تقسيما تقليديا صلبا ، فلا أقل من الاستعانة بها لتبرير إلحاق « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » بالعقار فى نظم انفرد بها العقار ، فهذه المنقولات تشارك العقار فى أنها مثله كسبت صفة التعيين الذاتى ، وفى هذا ما يبرر إخضاع هذه المنقولات لبعض النظم التى يخضع لها العقار .

(١) وهناك طائفة من المنقولات هى الأوراق لحاملها (titres au porteur) ، وتتميز بأن حيازتها المادية تقوم قرينة قاطعة على ملكيتها . ومن ثم يتجسد الحق فى السند ويصبح منقولا ماديا تسرى عليه قواعد المنقولات المادية ، وبخاصة القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٦ – فقرة ٢٦٨٧) .

(*) انظر Fréjaville فى المنقولات بحسب المآل رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ .

فى التقنين المدنى الفرنسى ، نص عام يضع نظرية المنقول بحسب المآل ، كما وجد هذا النص فى نظرية العقار بالتخصيص ، بل إن التعبير نفسه « المنقول بحسب المآل » هو من صنع الفقه لا التشريع .

ولكن هناك نصوصا متفرقة ، فى التقنين المدنى وفى تقنين المرافعات ، تطبق النظرية فى حالة خاصة هى حالة المحصول الزراعى ، فتعتبر هذا المحصول منقولا قبل أن يفصل عن الأرض لأغراض معينة . فيكون المحصول وهو عقار بطبيعته منقولا حكما ، لأن مآله الحتمى هو أن يفصل عن الأرض ، فهو إذن « منقول بحسب المآل » .

وأول هذه النصوص هو نص المادة ١/١١٤٢ مدنى ، ويجرى على الوجه الآتى : « المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول التى صرفت فى إنتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة » . فهنا يحدد النص حقوقاً معينة هى ما صرف فى أعمال الزراعة والحصاد بوجه عام ، وما صرف فى البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات بوجه خاص ، ويجعل هذه الحقوق ممتازة على المحصول الزراعى الذى صرفت فى إنتاجه . والامتياز هنا امتياز على منقول ، فقد اعتبر المحصول الزراعى وعاء الامتياز منقولا بحسب المآل لأنه حتما سيحصد ، فتكون الحقوق سالفة الذكر ممتازة وامتيازها قائم على منقول .

والنص الثانى هو نص المادة ١/١١٤٣ مدنى ، ويجرى على الوجه الآتى : « أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى » . والذى يعنينا هنا هو إيجار الأراضى الزراعية ، فكل حق لمؤجر الأرض الزراعية ناشىء عن عقد الإيجار ، وبخاصة الأجرة لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، له امتياز على المحصول الزراعى . والامتياز امتياز على منقول ، فقد نظر هنا أيضاً إلى المحصول الزراعى باعتباره منقولا بحسب المآل إذ مآله الحصد حتما .

والنص الثالث هو نص المادة ٤٩٩ مرافعات ، ويجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما ، وإلا كان الحجز باطلا » . والحجز هنا حجز منقول ، بالرغم من أنه حجز ثمار متصلة بالأرض ومزروعات لا تزال قائمة ولم تحصد وإن كان الباقى على نضج الثمار والمحصولات مدة لا تزيد على خمسة وخمسين يوما . فالثمار والمزروعات لا تزال إذن عقاراً بطبيعته لاتصالها بالأرض ، ولكن حجزها هو حجز منقول لأنه نظر إليها باعتبارها منقولا بحسب المآل إذ لابد من حصدها فى مدة لا تزيد على خمسة وخمسين يوما .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص قاعدة عامة . واعتبار هذه النصوص مجرد تطبيق لها . وهذه القاعدة هى : حيث ينظر القانون (فى حقوق الامتياز وفى حجز المنقول) ، أو المتعاقدان (فى بيع المحصول والثمار وخشب الأشجار وأنقاض البناء ومنتجات المناجم والمحاجر) ، إلى عقار بطبيعته على أنه موشك أن يؤول منقولا بحصده أو هدمه أو قطعه أو اقتلاعه ، ويجرى التعامل على أساس أيلولة العقار منقولا ، فإن العقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول ، ويكون منقولا بحسب المآل .

ونبحث الشروط الواجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل ، ثم نستعرض تطبيقات معينة للمنقول بحسب المآل فى أربع حالات : المحصول والثمار ، بيع خشب الأشجار ، بيع أنقاض البناء ، بيع منتجات المناجم والمحاجر .

٣٠ — شروط المنقول بحسب المآل : يستخلص مما قدمناه أن هناك شرطين يجب توافرهما ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . فيجب أولا أن يكون التعامل فى العقار بطبيعته ، فى نظر المتعاقدين أو فى نظر القانون ، قد جرى لا على أساس حقيقة العقار فى الحال ، بل على أساس ما يصير إليه فى المآل . ويجب ثانيا أن يكون المصير المحقق القريب لهذا العقار هو أن يصبح بالفعل منقولا :

١ — فيجب أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار فى الحال بل على أساس ما يصير إليه فى المآل : فإذا باع صاحب المحصول أو الثمار

محصوله أو ثماره لمشتر . فكل منهما قد نظر فى هذا التعامل إلى المحصول أو الثمار لا على أنه متصل بالأرض أو قائم على الشجر ، بل على أنه قد تم حصاده أو قطفه فأصبح منقولا ، فهما يتبايعان فى منقول لا فى عقار . وكذلك إذا نظر القانون إلى المحصول أو الثمار من ناحية إمكان الحجز عليه حجز منقول (saisie - brandon) ، فإنه ينظر لا إلى محصول متصل بالأرض أو إلى ثمار قائمة على الشجر ، بل إلى محصول قد تم حصده أو إلى ثمار قد تم قطفها . والعقار بطبيعته الذى سيصبح منقولا هو عقار متصل بالأرض ، كالمحصول والثمار والشجر والبناء والمعادن والأحجار فى بطون المناجم والمحاجر . وليس من الضرورى أن يتعامل المالك فى هذا العقار مستقلا عن الأرض ، فقد يبيع الأرض والبناء معاً على أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى هدم البناء ، فيكون المشترى فى هذه الحالة قد اشترى البناء باعتباره منقولا بحسب المآل بالرغم من أنه اشتراه غير مستقل عن الأرض ، وعلى العكس من ذلك قد يبيع صاحب البناء البناء مستقلا عن الأرض دون أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى هدم البناء ، فيكون البناء فى هذه الحالة عقاراً على أصله بالرغم من أنه بيع مستقلا عن البناء[1] .

٢ — ولا يكفى أن يكون التعامل قد جرى على أساس ما يصير إليه العقار فى المآل ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المصير المحقق القريب للعقار هو أن يصبح منقولا . فالإرادة وحدها لا تكفى لإضفاء صفة المنقول على العقار ، كما أنها لم تكف لإضفاء صفة العقار على المنقول فى العقار بالتخصيص . وكما وجب فى العقار بالتخصيص أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يخصص المنقول بالفعل لخدمة العقار أو استغلاله ، كذلك يجب فى المنقول بحسب المآل أن يقوم الواقع إلى جانب الإرادة وأن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال عن الأرض فى مستقبل قريب وأن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال . وقد يستخلص هذا المصير المحتوم من طبيعة الأشياء ، كما فى المحصول والثمار ،

---

(١) Fréjaville ص ٦٧ — ص ٧٠ — حسن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ — عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٢٠٧ — إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٥ — ص ٩٦ — منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٢٦٠ .

فهذه ليست معدة للبقاء فى الأرض ، بل هى لا شك ستفصل عنها وتصبح منقولا عندما يتم نضجها . كما يجوز أن يستخلص المصير المحتوم من الإعداد الفعلى من جانب المالك للعقار الذى سيصبح منقولا . فصاحب الأشجار ، إذا باع خشبها بعد أن أعد الشجر للقطع ، يكون بهذا الإعداد قد جعل المصير المحتوم للخشب أن ينفصل عن الشجر ، بحيث لا يتصور تنفيذ البيع بدون هذا القطع . كذلك صاحب البناء ، إذا باعه أنقاضا ، يجب أن يكون قد أعد البناء للهدم فعلا ، إذ لا يتم تنفيذ البيع بغير هذا الهدم . ويبنى على ذلك أن ميعاد تحويل العقار إلى منقول يجب أن يكون محدداً ، أو فى القليل قابلا للتحديد ، وأن يكون هذا الميعاد قريبا ، فإذا لم يكن مصير العقار محققا على هذا النحو ، لم يجز اعتباره منقولا بحسب المآل[1] . ومن ثم إذا اشترط المالك على المستأجر أن يهدم عند نهاية الإيجار المبانى التى يكون قد أنشأها ، محتفظاً لنفسه بحق استبقائها إذا أراد فى مقابل دفع قيمتها ، فإن هذه المبانى تعتبر عقارا بطبيعته لا منقولا بحسب المال ، لأن مصيرها غير محقق ، فقد تهدم فتصبح منقولا ، وقد يستبقيها المالك فتبقى عقارا[2] .

فإذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، فإن العقار يكون منقولا بحسب المآل ، وتنطبق عليه أحكام المنقول كما سنرى فى التطبيقات التى سنوردها . ويلاحظ أن العقار الذى يعتبر منقولا بحسب المآل ليس شيئاً مستقبلا (chose future) لم يوجد بعد ، بل هو شىء حاضر موجود فعلا . والأمر المستقبل فيه ليس هو وجوده بل هو صفته كمنقول ، فهو فى حقيقته عقار فى الحال ومنقول فى الاستقبال[3] .

---

(١) Préjaville ص ٧٩ – ص ٨٩ – حسن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٧ – ص ١٠٨ – عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٦ – منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٢٦٠ .

(٢) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ – حسن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٨ – ١٠٩ – بل إن البناء الذى أقامه المستأجر فى العين المؤجرة لينتفع به مدة الإيجار ، محتفظا لنفسه بحق هدمه عند انتهاء المدة ، يعتبر عقاراً بطبيعته ، لأن المستأجر وقت أن أقامه اعتزم الانتفاع به كعقار (ديمولومب ٩ فقرة ١٠٤ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٣٠) .

(٣) بيدان وفواران ، فقرة ١٠٨ – دى باج وديكرز ٥ فقرة ٧٢٨ – بلانيول وريبير –

وننتقل الآن إلى التطبيقات المختلفة للمنقول بحسب المآل .

٣١ — المحصول والثمار : المحصول وهو لا يزال متصلا بالأرض ، والثمار وهي لا تزال قائمة على الأشجار ، كل هذا يعتبر في الأصل عقار بطبيعته كما سبق القول[1]. ولكن قد يصبح المحصول والثمار منقولا بحسب المآل ، إذا نظر إليه القانون أو المتعاقدان باعتبار مصيره المحتوم ، فهو غير باق في الأرض ولابد أن ينفصل عند نضجه .

ويتحقق أن يكون المحصول والثمار منقولا بحسب المال في حالة الحجز وفي حالة البيع[2] .

أما في حالة الحجز فقد رأينا أن المادة ٤٩٩ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما ، وإلا كان الحجز باطلا » . والمفروض هنا أن الحجز هو حجز المنقول . والأصل أن دائني المالك ، إذا أرادوا التنفيذ بطريق الحجز على ما للمالك من محصول وثمار لا تزال متصلة بالأرض أو بالشجر ، وجب أن يكون الحجز هو الحجز العقاري لا حجز المنقول ، لأن المحصول والثمار تعتبر عقاراً بطبيعته مادامت متصلة بالأرض والشجر . ولكن القانون ، رعاية لمصلحة الدائنين ، أجاز النظر إلى المحصول والثمار باعتبارها منقولا بحسب المآل ، فجعل الحجز عليها حجز منقول لا حجز عقار ، وهو حجز أقل كلفة وأبسط في الإجراءات ، بشرط أن يكون المحصول والثمار قد قاربت النضج ولم يبق أكثر من خمسة وخمسين يوما على تمام نضجها[3]

= وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٤ ص ٨٨٦ . حسن كيرة فقرة ٣٢ ص ١٠٤ – ص ١٠٥ – اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٧ .

(١) انظر آنفا فقرة ١٠ .

(٢) ومثل البيع عقود أخرى كالهبة والشركة والقسمة ، ولكن البيع هو أهم هذه العقود وأكثرها وقوعا (بودري وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٦) .

(٣) وفي فرنسا تقضي المادة ٦٢٦ مرافعات بجواز توقيع حجز المنقول على المحصول والثمار ، بشرط ألا يزيد الوقت الباقي على تمام نضجها ستة أسابيع . ويسمى الحجز في هذه الحالة saisie -brandon ، ولفظ brandon معناه ربطات من القش توضع فوق قوائم مثبتة في الأرض المحجوز على محصولها أو ثمارها علامة على الحجز ، وقد بطلت هذه العلامة وبقي الاسم (بودري وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٤) .

وقد يبيع صاحب الأرض المحصول وهو لا يزال متصلا بها والثمار وهي لا تزال قائمة على الشجر ، بل إن بيع الثمار وهي قائمة على الشجر هو المألوف في التعامل . فيكون البيع في هذه الحالة واقعا على المحصول والثمار منظوراً إليها ، لا بحسب حقيقتها في الحال وهي أنها عقار بطبيعته ، بل بحسب مصيرها في المآل بعد أن تحصد أو تقطف ، فيعتبر البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار . ومن النتائج التي تترتب على ذلك ما يأتي : (١) يسرى على هذا البيع أحكام بيع المنقول ، لا أحكام بيع العقار . من ذلك أن دعوى تكملة الثمن للغبن في بيع عقار شخص لا تتوافر فيه الأهلية (م ٤٢٥ – ٤٢٧ مدني) لا تقوم في هذا البيع ، فإذا كانت الأرض التي أنبتت المحصول أو الثمار مملوكة لقاصر فبيع المحصول أو الثمار بغبن فاحش يزيد على الخمس ، فلا رجوع للقاصر على المشتري بدعوى تكملة الثمن . ومن ذلك أيضاً أن المادة ٤٦١ مدني وهي خاصة ببيع المنقول تسري في هذا البيع ، وهي تقضي بأنه « في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك . وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره »[1] . (٢) لا يكون لمشتري المحصول أو الثمار إلا حق عيني على منقول ، فيكون حقه منقولا ، ومن ثم لا يستطيع الالتجاء في حمايته إلى دعاوى الحيازة إذ هي لا تحمي إلا العقار[2]. (٣) الدعوى التي يقيمها مشتري المحصول أو الثمار على البائع في شأن هذا البيع تكون دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتدخل في اختصاص محكمة موطن البائع ، لا المحكمة التي يوجد في دائرتها الأرض التي أنبتت المحصول أو الثمار[3] . (٤) لما كان البيع يقع على منقول لا على عقار ، فهو غير واجب التسجيل لنقل الملكية ، ومن ثم لا محل لدفع رسوم التسجيل . وتنتقل الملكية بمجرد العقد ، لأن البيع واقع على منقول معين بالذات[4] . (٥) إذا حجز دائن على الأرض التي أنبتت المحصول والثمار ، فإن بيع المحصول والثمار

---

(١) نقض فرنسي ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ – ١ – ١٢ – ١٢ يوليه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ٦١ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ فبراير سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ – ١ – ٢٤٦ .

(٣) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ .

(٤) إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٩٨ .

يسرى فى حق الدائن الحاجز ، ما لم يكن تاليا لتاريخ تسجيل التنبيه فقد نصت المادة ٦١١ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما يخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن العقار »[١] .

هذا ويلاحظ أن صاحب الأرض إذا كان قد أجرها ، فإن المستأجر يصبح دائناً للمؤجر بالمحصول والثمار التى تنتجها الأرض ، وحقه هذا هو حق شخصى يقع على منقول بحسب المآل ، ولا يصبح المستأجر مالكا للمحصول والثمار إلا بجنيها ، أما قبل الجنى فالمستأجر لا يعدو أن يكون دائنا شخصيا للمستأجر[٢] كما سبق القول .

٣٢ — خشب الأشجار : وقد يبيع مالك الأرض خشب الأشجار القائمة باعتبارها معدة للقطع ، ويكون البيع واقعا على الخشب المقطوع لا على الشجر القائم ، ويعتبر الخشب هنا منقولا بحسب المآل ، ويكون بيعه بيع منقول لا بيع عقار[٣] .

ويترتب على أن البيع هنا هو بيع منقول لا بيع عقار نفس النتائج التى أسلفناها فى بيع المحصول والثمار ، فتسرى على البيع أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، ويمتنع الالتجاء إلى دعاوى الحيازة ، وتختص محكمة موطن البائع ، ولا يكون هناك تسجيل ، وتلحق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية[٤] .

٣٣ — أنقاض البناء : وقد يبيع صاحب البناء بناءه منفصلا عن الأرض ومنزوعا منها ، لا باعتباره بناء قائما ، بل باعتباره أنقاضا مهدومة ، ويقع

(١) انظر فى هذه النتائج أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٨ — بودرى وشوفو فقرة ١٥ ٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٢ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢١ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٥ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢١ ص ٧٣٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ — Fréjaville ص ٦٣ — ص ٦٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ ص ١٠٦ — شوفو فى المنقول بحسب المآل (بحث فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٧٣ وما بعدها) — نقض فرنسى ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢ — ١٢ يوليه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٦١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ .

(٤) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ .

ذلك عند ما ترتفع أسعار مواد البناء ، فتزداد الرغبة فى شراء المبانى القديمة لهدمها أنقاضها والاستفادة مما يصلح منها للبناء كالأبواب والشبابيك والبلاط والحديد ونحو ذلك . فيكون البيع هنا أيضاً بيع منقول بحسب المآل ، وتسرى أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، وقد سبقت الإشارة إلى بعض النتائج التى تترتب على ذلك[1] .

ويجب التمييز ، فى عقد بيع أنقاض البناء ، بين تكوين عقد البيع فى ذاته وبين الآثار التى تترتب عليه . فعقد البيع عند تكوينه لا يكون قد أحدث آثاره من جعل البناء منقولا بحسب المآل ، بل يكون البناء لا يزال معتبراً عقاراً ، ويقتضى البيع الوارد عليه أهلية التصرف . فلا تكفى أهلية الإدارة كما كانت تكفى لو أن البيع وقع على المحصول والثمار أو على خشب الأشجار فإن كلا من هذين البيعين الأخيرين يعتبر من أعمال الإدارة[2] . وعلى ذلك يجب أن يكون البائع للبناء قد توافرت فيه أهلية التصرف ، بأن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه أو أن يكون وليا يملك التصرف أو وصيا أو قيما قد حصل على الإذن الواجب من المحكمة . فإذا انعقد البيع صحيحاً على هذا النحو أنتج أثره ، فيصبح البناء منقولا بحسب المآل على الوجه الذى بيناه ، ويصبح البيع بيع منقول لا بيع عقار[3] كما سبق القول .

وإذا باع صاحب البناء الأرض والبناء معاً لمشتر ، وباع البناء وحده باعتباره منقولا بحسب المآل لمشتر آخر ، فالعبرة فى تقديم أحد المشترين على الآخر بالتاريخ الثابت للبيع الصادر له . فإن كان البيع الواقع على البناء وحده هو السابق ، تقدم مشترى البناء على المشترى الآخر فيما يتعلق بالبناء . وإن كان البيع الواقع على الأرض والبناء معاً هو السابق ، تقدم المشترى فى هذا البيع ، إلا إذا كان مشترى البناء قد تمكن من هدم البناء واستولى على الأنقاض وهو حسن النية أى لا يعلم بسبق بيع الأرض والبناء ، فإنه يستطيع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣١ – فقرة ٣٢ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ .

(٣) انظر فى هذه المسألة ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ – ديرانتون ٤ فقرة ٣٧ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ هامش ٢٦ . بودرى وشوفو فقرة ٥٢ .

عندئذ أن يتمسك بالحيازة[١] . ويسرى الحكم نفسه فى المفاضلة ما بين مشترين متعاقبين للبناء وحده باعتباره منقولا بحسب المآل[٢] .

ويسرى بيع البناء باعتباره منقولا بحسب المآل فى حق الدائنين الشخصيين للبائع ، إلا إذا استطاع هؤلاء أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية[٣] . أما بالنسبة إلى الدائن المرتهن للأرض والبناء معاً ، فإن كان بيع البناء سابقا فى تاريخه الثابت على ترتيب الرهن ، فإن المشترى للبناء يستطيع الاحتجاج بالبيع الصادر له على الدائن المرتهن دون حاجة إلى تسجيل البيع لأنه بيع منقول[٤] . وإذا كان بيع البناء لاحقاً لترتيب الرهن ، فإنه لا يحتج بالبيع على الدائن المرتهن ، إلا إذا تمكن المشترى من الاستيلاء على الأنقاض وهو حسن النية فإنه يستطيع عندئذ أن يتمسك بالحيازة . ويجوز للدائن المرتهن فى هذه الحالة الاحتفاظ بحقه فى التقدم على ثمن البناء وهو فى يد المشترى[٥] .

٣٤ — المعادن والأحجار فى المناجم والمحاجر : حكم المعادن فى المناجم هو حكم الأحجار فى المحاجر ، فكل من المعادن والأحجار وهى فى باطن الأرض أو فى داخل الجبال تعتبر جزءاً من الأرض أو الجبل ، فهى إذن عقار بطبيعته . فإذا أعطى شخص الحق فى استخراجها والاستيلاء عليها ، فإنه يكون عند ذلك يتعامل فى عقار بطبيعته قد هيئ للانفصال عن المنجم أو المحجر ، فهو إذن منقول بحسب المآل . ولما كانت المناجم وما تحويه من معادن مختلفة تعتبر من أهم مصادر الثروة القومية ، لذلك فإنها تخضع عادة لنظام إدارى مفصل ، يبدأ بترخيص فى الكشف وينتهى بمنح امتياز لمدة معينة ، فالأحكام القانونية التى تخضع لها المعادن تحتويها النظم الإدارية ولا شأن

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥١ – شوفو فى المنقول بحسب المآل فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٣٧ – فقرة ٤٠ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ – شوفو فى المنقول بحسب المآل فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٠ – نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٣١ سريه ٣١ – ١ – ٣٨٦ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ هامش ٣ – شوفو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ – نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ – ١ – ٣٤٣ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ – شوفو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ – فقرة ٤٩ – نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٦٧ سريه ٦٨ – ١ – ٩ .

لنا بها فى هذا المكان(١) . ونقتصر على الكلام فى المحاجر ، وهى أيضاً تخضع لنظم إدارية ؛ ولكن هذه النظم أبسط من تلك التى تخضع لها المناجم .

والغالب أن العقد إذا وقع على منتجات الحجر ، فهو بيع لهذه المنتجات(٢). ومن ثم يكون بيعا لمنقول بحسب المآل ، فيكون بيع منقول لا بيع عقار بما يترتب على ذلك من نتائج(٣) .

ومن أهم هذه النتائج أنه لا محل لتسجيل البيع ، لأنه بيع منقول . فإذا باع المالك العقار الذى فيه المحجر ، كان هذا بيع عقار ووجب تسجيله . وإذا باع لمشتر آخر الحق فى استخراج الأحجار من المحجر ، كان هذا بيع منقول كما قدمنا ، ويكون حق مشترى الأحجار حجة على المشترى الأول إذا كان سابقا فى التاريخ الثابت على بيع العقار ، وذلك دون حاجة إلى تسجيل البيع الصادر إلى مشترى الأحجار . ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى يذهب إلى أن بيع الأحجار باعتبارها منقولا بحسب المآل ، وإن اعتبر بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، يعتبر بيع عقار بالنسبة إلى الغير ، فيجب إذن تسجيل بيع الأحجار وأن يكون التسجيل سابقاً على تسجيل بيع العقار حتى يستطيع مشترى الأحجار أن يحتج بالبيع الصادر له على المشترى للعقار(٤) . وينتقد الفقه الفرنسى هذا القضاء(٥) ، فإن وصف الشىء يبقى واحدا فيما بين

---

(١) انظر قانون المناجم والمحاجر فيما يلى فقرة ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١١ ص ٢٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ - Dabin فى الطبيعة القانونية لحق استخراج المنتجات من الأرض بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٦٣ - نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ .

(٤) نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٤٨٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ - ١٩٧ - ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٩ سريه ١٩٥٠ - ١ - ١٠٠ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٤ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠١ - دى باج وديكرز ٥ فقرة ٧٣٢ - وانظر أيضاً فى انتقاد الفقه المصرى لهذا القضاء إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٩ - ص ١٠٠ - شمس الدين الوكيل فى التأمينات فقرة ٧٩ ص ٢٢٦ - حسن كيرة فقرة ٣٥ ص ١١١ - ص ١١٣ وانظر فى تأييد القضاء الفرنسى Préjaville ص ١٧٧ - ص ١٨٤ وص ١٩٣ - ص٢٠٨ - بوران ٥ فقرة ٤٢٩ - مارتى ورينو ١ فقرة ٣٢٥ - كاربونييه ص ٦٤ .

المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ولا يجوز أن يتغير فى حالة عما هو عليه فى الأخرى . فإذا كانت الأحجار منقولا بحسب المآل فيما بين المتعاقدين ، وجب أن تبقى كذلك بالنسبة إلى الغير . وإذا كان الحق فى استخراج الأحجار من شأنه أن ينتقص كثيراً من قيمة العقار فيجب أن يعلم بوجوده المشترى للعقار حتى لا يفاجأ ، فإن طريق العلم بوجود هذا الحق ليس حتماً أن يكون هو التسجيل . ويكفى ، حتى يعلم المشترى بوجود هذا الحق عند الشراء ، العلامات المادية الظاهرة التى لابد من وجودها عند ما يقوم صاحب الحق بأعمال الاستغلال لاستخراج الأحجار[1] .

ويكاد الإجماع ينعقد فى الفقه الفرنسى على أن بيع المنقول بحسب المآل ، سواء كان بيع محصول وثمار أو بيع خشب الأشجار أو بيع أنقاض البناء أو بيع المعادن والأحجار ، هو بيع منقول لا بيع عقار ، ومن ثم لا يخضع للتسجيل ، وتسرى عليه سائر أحكام بيع المنقول[2] .

الفرع الثانى

تقسيمات أخرى للأشياء المادية

٣٥ — **التقسيمات الأخرى محل البحث :** قدمنا[3] أن هناك تقسيمات أخرى للأشياء المادية ، نبحث منها تقسيم الشىء إلى قابل للاستهلاك وغير قابل له وتقسيمه إلى مثلى وقيمى فى مبحث أول ، وفى المبحث الثانى تقسيم الأشياء المملوكة للدولة إلى أشياء عامة وأشياء خاصة[4] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٨ – ص ١٠٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٩ والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣ .

(٤) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على تقسيم آخر يتعلق بالأموال الموقوفة ، فكانت المادة ١١٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « الأموال الموقوفة هى التى تزول عنها الملكية الخاصة وترصد منفعتها على الفقراء أو على جهة بر معينة ، أو على عمل متعلق بالصالح العام ، سواء كان ذلك فى الحال أو بعد انقراض المستحقين المذكورين فى إشهاد الوقف » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٩ فى الهامش) .

المبحث الأول

القابل للاستهلاك وغير القابل له – المثلى والقيمى

المطلب الأول

الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له

(Chose consomptible et chose non consomptible)

٣٦ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو إنفاقها » .

« ٢ – فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع »[1] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق . ولكن التقسيم كان معروفا فى عهد هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٧ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤ – ولا مقابل للنص لا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[2] .

ونعرض أولا للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية لهذا التمييز .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ – ص ٤٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

٣٧ — التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له :
الشيء القابل للاستهلاك هو الشيء الذى أعد بطبيعته لأن يكون أول استعمال له هو فى استهلاكه ، فهو غير قابل للاستعمال مرة بعد مرة مع بقائه دون أن يستهلك . والاستهلاك إما أن يكون ماديا (matérielle) كما هو الأمر فى الطعام والشراب ، فالطعام لا يستعمل إلا عن طريق استهلاكه بالأكل وكذلك الشراب . وإما أن يكون الاستهلاك قانونيا (juridique) ، وذلك كالنقود فاستعمالها الأول يكون بالإنفاق ،والإنفاق لا يستهلك النقود استهلاكا ماديا وإنما يستهلكها استهلاكا قانونيا فيضيع قيمتها على من أنفقها[١] (انظر م ١/٨٤ مدنى) .

والشيء غير القابل للاستهلاك هو الشيء الذى يمكن استعماله مرة بعد مرة دون أن يستهلك . فالملابس غير قابلة للاستهلاك ، إذ يمكن استعمالها مرة بعد أخرى وقد أعدت لذلك بحسب طبيعتها . وليس معنى ذلك أن الملابس لاتبلى ، بل هى تبلى بطول الاستعمال ، ولكنها مع ذلك قابلة لأن يتكرر استعمالها مدة طويلة أو قصيرة دون أن تبلى ، فهى بخلاف الشيء القابل للاستهلاك لاتبلى بمجرد استعمالها مرة واحدة . ويصدق ذلك أيضاً على المنزل والمفروشات والأثاث والآلات والأدوات والسيارة والمكتب والكتاب والقلم ، فهذه كلها قابلة للاستعمال مرة بعد أخرى ، ولا تبلى إلا بعد استعمالها مدة من الزمن ، طالت هذه المدة أو قصرت .

والأصل فى معرفة ما إذا كان الشيء قابلا للاستهلاك أو غير قابل له أن يرجع إلى طبيعته . فالطعام والشراب والنقود طبيعتها تقتضى أن تستهلك استهلاكا ماديا أو قانونيا بمجرد استعمالها أول مرة[٢] . والملابس والآلات والسيارة والكتاب طبيعتها ألا تستهلك بمجرد استعمالها أول مرة ، بل هى تقبل الاستعمال مرة بعد أخرى .

ومع ذلك فالنية قد تتدخل وتتغلب على طبيعة الشيء ، فتجعل الشيء

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٥٦ ص ٦٢ — Humbert رسالة من باريس سنة ١٩٤٠ .

التى هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له ، وذلك كالنقود إذا أعيرت لصراف لعرضها وإعادتها بعينها بعد ذلك ، فتنقلب من شىء قابل للاستهلاك بطبيعته إلى شىء غير قابل للاستهلاك بحسب نية المتعاقدين . وقد تتدخل النية فتجعل من الشىء غير القابل للاستهلاك بطبيعته شيئاً قابلا للاستهلاك ، وذلك كالأشياء التى أعدت فى المتاجر للبيع . فهذه بعضها غير قابل للاستهلاك بطبيعته كالمفروشات والآلات والسيارة والملابس ، ولكنها أعدت للبيع ، فتعتبر بحسب ما أعدت له قابلة للاستهلاك استهلاكا قانونيا ، إذ أن استعمالها أول مرة يكون ببيعها أى باستهلاكها على هذا النحو (انظر م ٢/٨٤ مدنى[1]) .

٣٨ — *أهمية هذا التمييز* : للتمييز بين الشىء القابل للاستهلاك والشىء غير القابل له أهمية عملية من نواح متعددة ، نذكر منها الناحيتين الآتيتين :

١ — هناك عقود لا ترد إلا على الشىء غير القابل للاستهلاك ، مثل ذلك عقد العارية . وقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العارية بأنها « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو فى غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . فالشىء المعار إذن هو شىء يمكن استعماله مدة معينة دون أن يستهلك ، فهو شىء غير قابل للاستهلاك . كذلك عقد الإيجار يرد عادة على شىء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن العين المؤجرة ترد بعد استعمالها ، ولا فرق بين العارية والإيجار إلا فى أن العارية تكون بغير أجر والإيجار يكون بأجر . أما القرض فعقد « يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » (م٥٣٨ مدنى). ويخلص من هذا التعريف أن القرض يقع على شىء مثلى ، ولكن الشىء المثلى فى القرض يكون عادة شيئاً قابلا للاستهلاك كالنقود والغلال ، وسنرى أنه يغلب أن يكون الشىء القابل للاستهلاك هو شىء مثلى والشىء غير القابل للاستهلاك هو شىء قيمى[2].

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص٤٧٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧ .

٢ — وحق الانتفاع حق عيني يخول صاحبه أن ينتفع بشيء مملوك لغيره ، على أن يرده إليه بعينه عند نهاية الانتفاع . فالشيء المنتفع به يكون إذن شيئا غير قابل للاستهلاك ، إذ هو يرد بعينه بعد أن يستعمل مدة معينة . وعلى ذلك لا يرد حق الانتفاع إلا على شيء غير قابل للاستهلاك ، وإذا ورد على شيء قابل للاستهلاك فلا يرده المنتفع عينا بل يرد مثله ، تغيرت طبيعة حق الانتفاع وسمى بشبه حق الانتفاع (qussi-usufruit)[1] .

المطلب الثانى

المثلى والقيمى

(Chose fongible et chose non fongible)

٣٩ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥ مدنى على ما يأتى :

« الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة عند التعامل بين الناس بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن[2] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن التقسيم كان معروفا فى عهد هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦٤ — ولا مقابل له فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[3] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧ ص ٦٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٣ — ص ٤٧٤) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤ : ١ — الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، =

ونعرض هنا أيضاً التمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمي . ونقابل ما بين هذا التمييز والتمييز السابق الخاص بالشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية للتمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمي .

٤٠ — **التمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمي** : يقال عن الشيء إنه مثلى إذا نسب إلى شيء آخر ، فكان كل منهما صالحا لأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين . فالشيء لا يكون مثليا في ذاته ، كما يكون قابلا للاستهلاك في ذاته ، ولكنه يكون مثليا بالقياس إلى مثيله[١] . فلو أن شخصا كان مدينا لآخر بأن يسلمه مائة جنيه ، أو مائة أردب من القمح الهندى من صنف متوسط ، أو مائة قنطار من القطن الأشمونى من صنف معين ، أو مائة متر من الحرير الصناعى على وصف معين ، فإن محل الدين — النقود أو القمح أو القطن أو الحرير — يكون شيئا مثليا . ذلك أن المدين يستطيع أن يفى بدينه بأى ورق نقدى عدا دون أن يتقيد بأوراق نقدية معينة . ويستطيع المدين كذلك أن يسلم مدينه أية كمية من القمح الهندى ذى الصنف المتوسط بعد أن يكيل له من هذا القمح مائة أردب ، ولا يستطيع الدائن أن يلزمه بتسليم كمية معينة . وكذلك قل عن القطن فيزن المدين للدائن مائة قنطار من القطن الأشمونى من الصنف المعين ، وعن الحرير فيقيس المدين للدائن مائة متر من الحرير الصناعى على الوصف المتفق عليه . ويتبين من ذلك أن الشيء المثلى يتميز بخاصتين : (١) أنه لا يكون شيئاً مثليا في ذاته ، بل بالقياس إلى شيء آخر مثله . (٢) أنه يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ، إذ لا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به ، بل تتماثل فيقوم بعضها مقام بعض (انظر م ٨٥ مدنى)[٢] .

أما الشيء القيمي فهو الشيء المعين بالذات الذى لا يقوم شيء آخر

= وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢ — وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمى .

(وأحكام التقنين العراقى تطابق أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) Jambert في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٥ ص ٧٥ وما بعدها — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

(٢) وانظر م ٩١ مدنى ألمانى — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

مقامه فى الوفاء . فبيع منزل معين بالذات أو ماكينة رى معينة بالذات أو قطعة أثرية معينة بالذات ، إنما هو بيع يرد على أشياء قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء . ولابد للبائع من أن يسلم للمشترى نفس المنزل المعين بالذات ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم منزلا آخر ولو كان أكبر قيمة ، أو نفس ماكينة الرى أو نفس القطعة الأثرية ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم ماكينة رى أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفس .

٤١ — المقابلة ما بين المثلى والقيمى وبين القابل للاستهلاك وغير القابل له : وترى مما تقدم أن التمييز بين المثلى والقيمى يرجع هو أيضاً إلى طبيعة الأشياء ، كما يرجع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له فيما مر بنا . وقد قيل خطأ إن التمييز بين المثلى والقيمى إنما يرجع إلى نية الطرفين ، فى حين أن التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له يرجع إلى طبيعة الأشياء[1] . والصحيح أن المثلى إنما يكسب هذه الصفة من طبيعته ، وكذلك يكسب القيمى صفته من طبيعته[2] . فالتمييز بين المثلى والقيمى يستوى إذن مع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له ، فى أن كلا منهما يرجع إلى طبيعة الأشياء[3] .

---

(١) انظر مثلا بودرى وشوفو فقرة ١٨ ص ١٩ — ويبدو أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تذهب هى الأخرى هذا المذهب ، إذ تقول : « على أن المعول عليه فى وصف الشىء بأنه مثلى أو قيمى هو جواز قيام شىء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء ، بحسب قصد العاقدين ، أو عدم جواز ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هى عينها . وقد يكون الشىء بعينه مثليا فى أحوال وقيميا فى أحوال أخرى ، والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشىء ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال ، فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ .

(٣) وإذا كانت النية تتدخل فى بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشىء مثليا كنسخة من كتاب تستعيرها مكتبة من مكتبة أخرى لترد مثلها ، وتجعل الشىء قيميا كنسخ من كتب تعار لعرضها فى أحد المعارض (ad propem et ostentationem) على أن ترد بعينها ، فقد رأينا أن النية تتدخل كذلك فى بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشىء غير قابل للاستهلاك كالنقود إذا أعيرت لصراف لعرضها وإعادتها بعينها ، وتجعل الشىء قابلا للاستهلاك كالسلع غير القابلة للاستهلاك ــ

وإذا أريد إيجاد فرق ما بين التمييزين، فهذا الفرق هو أن المثلى إنما يكون مثليا لا فى ذاته بل بالقياس إلى شىء مثله ، وأما الشىء القابل للاستهلاك فهو قابل لذلك فى ذاته دون حاجة إلى قياسه على شىء مثله .

ومع ذلك فإن الغالب أن يكون الشىء المثلى شيئا قابلا للاستهلاك ، كالطعام والشراب والنقود فهى أشياء مثلية وهى فى الوقت ذاته أشياء قابلة للاستهلاك . والغالب كذلك أن يكون الشىء القيمى غير قابل للاستهلاك ، كالمنزل والآلة المعينة بالذات فهذه أشياء قيمية وهى فى الوقت ذاته غير قابلة للاستهلاك . وعلى هذا النحو يختلط التقسيمان أحدهما بالآخر ، فيكون التمييز بين المثلى والقيمى هو عين التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له[1]. ولكن هذا النظر غير دقيق ، فلا يزال التمييز بين المثلى والقيمى غير التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له[2] . وإذا كان كل من التمييزين يرجع إلى طبيعة الأشياء كما قدمنا ، إلا أن المثلى يقوم على قياسه بشىء آخر نظيره ، والقابل للاستهلاك يرجع فى صفته هذه إلى ذاته دون أن يقاس بشىء آخر.

يدل على ذلك أنه يمكن أن نتصور شيئا مثليا ويكون فى الوقت ذاته غير قابل للاستهلاك ، وذلك مثل السيارة غير المعينة بالذات ونسخة من كتاب غير معينة بالذات ، فهذه وتلك شيئان مثليان ، وهما فى الوقت ذاته غير قابلتين للاستهلاك . كذلك يمكن أن نتصور شيئا قيميا ويكون فى الوقت ذاته قابلا للاستهلاك ، فكمية من الغلال معينة بالذات هى شىء قيمى بعد أن تعينت بذاتها ، وهى فى الوقت ذاته شىء قابل للاستهلاك .

= بطبيعتها إذا أعدت فى المتاجر للبيع (انظر آنفا فقرة ٣٧ فى آخرها – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٥ – نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ – ٢٨٣) .

(١) وهذا الخلط يرد عند كثير من الفقهاء وفى بعض التقنينات المدنية كالتقنين المدنى الهولندى (م ٥٦١) والتقنين المدنى الإسبانى (م ٣٣٧) . انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٤ ، وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤ .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى م ٩١ – ٩٢ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالنقود المعدة للعرض مثلية ولكنها غير قابلة للاستهلاك ، والتحف الفنية الأصلية قيمية ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) .

٤٢ — أهمية التمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمى : وللتمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمى أهمية كبيرة فى العمل . وذلك أن الشيء المثلى ، كما رأينا ، هو شيء غير معين بالذات بل يعين بنوعه وصفاته ، ويقدر بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس . والشيء القيمى هو شيء معين بالذات ، فليس هو فى حاجة إلى تعيين بالنوع أو إلى تقدير بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس .

فإذا كان هناك التزام بنقل الملكية ، وكان محل هذا الالتزام منقولا مثليا ، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، بل لابد من تعيين المحل وإفرازه ، ولابد فى إفرازه من تقديره عدا أو كيلا أو وزنا أو مقاسا . فإذا تم الإفراز على هذا النحو ، أصبح الشيء المثلى قيميا ، وانتقلت ملكيته إلى الدائن بمجرد الإفراز . أما إذا كان محل الالتزام منقولا قيميا ، أى شيئا معينا بالذات منذ البداية فلا يحتاج فى تعيينه إلى إفراز ، فإن الملكية تنتقل فى الحال بمجرد العقد[1] .

المبحث الثانى

الأشياء العامة والأشياء الخاصة(*)

(Domaine public et domaine privé)

٤٣ — التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : للدولة وغيرها

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩ .

(*) مراجع : **Proudhon** فى الدومين العام الطبعة الثانية خمسة أجزاء سنة ١٨٤٤ — **De Récy** فى الدومين العام الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ — **Monteil** رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — **Bernard** رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — **Otto-Mayer** فى القانون الإدارى الألمانى الطبعة الفرنسية الجزء الثالث — **Waline** رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ — **Pelloux** رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٢ — **Janse** فى المميزات لأموال الدومين العام سنة ١٩٣٨ - **Huet-Guyard** رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — **Dementhon** فى دومين الدولة سنة ١٩٣٩ — **Duverger** رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — **Moroger** فى تخصيص الأموال الإدارية للاستعمال العام سنة ١٩٤٢ .

وانظر فى القانون المصرى : محمد كامل مرسى بحث فى مجلة القانون والاقتصاد والسنة التاسعة — محمد زهير جرانة فى حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ .

من الأشخاص الاعتبارية العامة أشياء عامة تملكها ، وقد تملك أيضاً أشياء خاصة . ولكل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة مقومات وخصائص وأحكام تنفرد بها . فنستعرض كلا من هذين النوعين في شيء من الإيجاز ، إذ أن التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة هو أدخل في مباحث القانون الإداري ، ولكن التقنين المدني عرض لهذا التمييز فيما عرض له من تقسيمات الأشياء والأموال.

المطلب الأول

الأشياء العامة

(Domaine public)

٤٤ — **نص قانوني** : تنص المادة ٨٧ مدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتي :

« ١ — تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص » .

« ٢ — وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . وتخرج هذه الأموال من التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة جعلت المادة فقرتين ، وعدلت الفقرة الثانية حتى لا تتعارض مع المادة ١١١ من المشروع (م ٨١ مدني) ، وكذلك حذفت كلمة « المملوكة » من الفقرة الأولى تجنبا للأخذ برأي قاطع في هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فأصبح النص بذلك مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض مستشاري محكمة النقض تعديل النص بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدني السابق ، لأن مثل هذا التعديل يجعل حكم النص ينسحب على البرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر والبحيرات المملوكة للميري ، والجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو البر أو الإحسان سواء كانت الحكومة مكلفة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ولم تر اللجنة محلا للأخذ بهذا =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٩–١٠ / ٢٥–٢٦[١].

— الاقتراح، مادام المعيار العام الذى وضعه النص سليما ، والتزام هذا المعيار يغنى عن إيراد هذه الأمثلة التى اضطر واضعو التقنين السابق إلى ذكرها فى عهد لم يكن النظام الإدارى فيه قد استكمل مقوماته . ويكفى أن يقرر التقنين المدنى القاعدة العامة فى هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل فى نطاق القانون الإدارى . وقد لاحظت اللجنة فضلا عن ذلك ، فيما يتعلق بالجوامع وهى وقف بطبيعته ، أن الوقف ولوكان خيريا نظام من النظم الخاصة يختلف تصويره عن تصوير الملك العام . وعلى ذلك وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون تعديل تحت رقم ٨٧ ؛ ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٨ – ص ٤٨٣) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ ، فعدل العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى : « أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المدنى السابق م ٩ وطنى : الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العامة لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها . إنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وتشمل الأملاك الأميرية : أولا – الطرق والشوارع والقناطر والحوارى التى ليست ملكا لبعض أفراد الناس . ثانيا – السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية . ثالثا – الحصون والقلاع والخنادق والأسوار والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات، ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أوخصوصية . رابعا – الشواطىء والأراضى التى تتكون من طمى البحر ، والأراضى التى ينكشف عنها المياه ، والمين والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى . خامسا – الأنهار والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها ، والترع التى على الحكومة إجراء ما يلزم لحفظها وبقائها بمصاريف من طرفها . سادسا – المين والمرافىء والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع المذكورة ولمرورها . سابعا – الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو البر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ثامنا – العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولى الأمر أو النظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية . تاسعا – الترسانات والقشلاقات والأسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل أو البوستة . عاشراً – الدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية . حادى عشر – نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر .

م ١٠ وطنى : يعد أيضاً من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وعلى العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٧ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٧١ – ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[1] .

ويلاحظ أن النص يتحدث عن « الأموال العامة » ناظرا فى ذلك لا إلى الأشياء التى هى محل حقوق الدولة ، بل إلى حقوق الدولة على هذه الأشياء ، فصح أن تكون هذه الحقوق « أموالا » لا أشياء . ويستوى فى التقسيم الذى نحن بصدده أن يكون تقسيما للأشياء أو للأموال ، فكل شيء عام يكون حق الدولة عليه مالا عاما (domaine public) ، وكل شيء خاص يكون حق الدولة عليه مالا خاصا (domaine privé) . فنجرى على أن التقسيم هو تقسيم للأشياء ، مع ملاحظة أنه فى الوقت ذاته تقسيم للأموال على النحو الذى بيناه .

٤٥ – كيف نشأ التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة : بدأ التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة فى القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يميز بين الأشياء العامة (res publicae, loca publica) وهذه تبع للناس كافة ، وبين الأشياء المملوكة للخزانة (res fisci, res fiscales) وهذه كانت تعتبر فى عهدة الإمبراطورية مملوكة للإمبراطور . وكانت الأشياء العامة قسمين : قسما تتمثل فيه المصلحة العامة كطرق المواصلات الرئيسية وهذا تبع للشعب الرومانى بأجمعه ، وقسما تتمثل فيه المصلحة المحلية كالمبانى العامة

– م ٢٥ مختلط : أملاك الميرى ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد .

م ٢٦ مختلط : كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧١ (مطابق ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يشمل فى الفقرة الأولى عبارة « أو مرسوم ») .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

للبلديات وهذا يكوّن الدومين العام للإقليم (communia civitatum) . على أن الرومان كانوا يخلطون بين الأموال العامة والأموال الخاصة للوحدات الإقليمية ،وكانوا يعتبرون بعض الأموال العامة أموالا مباحة (res communes omnium) كساحل البحر ، وبعضها أموالا مقدسة (res divini juris) كالمعابد والمدافن . ولكنهم كانوا يرتبون النتائج القانونية على فكرة تخصيص الأموال العامة لمنفعة الجمهور ، فكانوا يمنعون التصرف فى هذه الأموال ولا يجيزون تملكها بالتقادم . وكان بعض فقهاء القانون الرومانى يذهبون إلى أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية ، إذ كانت الدولة تتملك ثمار هذه الأموال ، وإذ كان المال مملوكا للدولة قبل صيرورته مالا عاما فيبقى على ملكية الدولة بعد أن كسب صفة المال العام [1] .

وبقى التميز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة قائما فى القانون الفرنسى القديم ، واستمر إلى عهد الثورة الفرنسية . فالأشياء العامة كانت تشمل طرق المواصلات البرية والنهرية وشواطئ البحار ، أما الأشياء الخاصة فكانت مملوكة للملك وكانت تدعى بالدومين الملكى (domaine royal) أو دومين التاج (domaine de la Couornne) ،وتشمل الأراضى والغابات والقصور وغير ذلك من ضروب الأموال المختلفة ، وتمثل قسما هاما من موارد الدولة . ولم يكن دومين التاج ملكا خاصا للملك بالذات ، وإلا كان يستطيع التصرف فيه وكان يورث عنه ولو كان الوارث غير الملك الذى خلفه فيفقد دومين التاج بذلك مهمته الرئيسية من توطيد سلطان الملوك المتعاقبين . لذلك سرعان ما تقرر فى أول عهد الملكية أن دومين التاج لا يورث بل ينتقل إلى الجالس على العرش من ملوك فرنسا ، ولا يجوز التصرف فيه وتأيد ذلك بأمر صدر فى ١٣ مايو سنة ١٥٦٦ فى عهد الملك شارل التاسع ويعرف بأمر دى مولان (Ordonnance de Moulins) ، ويسرى حظر التصرف على جميع دومين التاج ما ورثه الملك منها وما اقتناه بعد ذلك . ثم عزز ذلك بعدم جواز تملك دومين التاج بالتقادم ، وتأيد هذا المبدأ بالمنشور الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧ . واعتبر

---

(١) انظر فى ذلك جيرار فى القانون الرومانى الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٢٩ ص ٢٦٠ — ص ٢٦٤ – أرانجيوروويز فى نظم القانون الرومانى الطبعة الثالثة ببرلين سنة ١٩٢٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٦ .

فى مبدأ الأمر حق الملك على دومين التاج حق ملكية ، ومن ثم كان الملك يستطيع أن يفرض ما يشاء من الإتاوات والرسوم على استعمال الناس لهذا الدومين والانتفاع به ،وكانت هذه الإتاوات والرسوم عنصراً هاما من عناصر مالية الملك وميزانيته . ولكن ما لبث الفقهاء فى أواخر القرن السابع عشر ، وبخاصة لوازو (Loyseau) ودوما (Domat) ، أن ميزوا فى دومين التاج طائفة من الأموال اعتبروها مخصصة لمنفعة الناس جميعا ويقتصر سلطان الملك بالنسبة إلى هذه الأموال على ولاية الإشراف عليها وحفظها وصيانتها ، فليس له أن يحرم الجمهور من الانتفاع بها أو يقيد من استعمالها برسم أو إتاوة .

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، وحلت سيادة الأمة محل سيادة الملك ،وأصبح دومين التاج هو دومين الأمة القومى (domaine national) ، وورد ذلك فى الدكريتو الصادر فيما بين ٢٢ نوفبر وأول ديسمبر سنة ١٧٩٠ . وقد بينت المادة الأولى من هذا الدكريتو الدومين القومى وهو ما كان يعرف قبلا بدومين التاج كما قدمنا ، ثم بينت المادة الثانية من الدكريتو الدومين العام (domaine public) وقد شمل الطرق العامة وشوارع المدن وميادينها والأنهار والترع الصالحة للملاحة وشواطئ البحر والأراضى التى تتكون من طمى البحر وتلك التى تنحسر عنها مياهه والمرانى والمراسى والموارد وبوجه عام كل جزء من الأرض لا يقبل أن يكون محلا للملكية الخاصة . وأراد دكريتو سنة ١٧٩٠ أن يقارب ما بين الدومين القومى والدومين العام ، بأن جعل كلا منهما مملوكا للأمة .

ولكن التقنين المدنى الفرنسى خلط ما بين الدومين القومى والدومين العام وجعلهما شيئا واحداً ، فأورد فى المواد ٥٣٨–٥٤١ منه مشتملات الدومين القومى (وهو الدومين الخاص) إلى جانب مشتملات الدومين العام،وجعلهما جميعا وحدة شاملة مملوكة للدولة . وهو لم يقصد فى هذه النصوص أن يميز ما بين الدومين العام والدومين الخاص ، وإنما قصد أن يقرر أن كل أملاك الدومين ، عاما كان أو خاصا ، هى ملك الدولة .

وإنما كان التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص هو من عمل الفقهاء ، وبخاصة الفقيه برودون (Proudhon) الذى كان أستاذ القانون المدنى وعميد

كلية الحقوق بديجون . فقد وضع كتابه المعروف في الدومين العام في سنة ١٨٣٣ (الطبعة الثانية في سنة ١٨٤٤) ، وميز فيه ما بين الدومين العام (domaine public) وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دومين حماية (domaine de protection) ولا يعتبر مملوكا لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهي وكيلة عن الجمهور في حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص (domaine privé) أو دومين الملكية (domaine de propriété) وهو مملوك للدولة ، ملكية خاصة ولها أن تتصرف فيه وأن تنتفع به وهو قابل لأن يتملك بالتقادم ، وذلك بخلاف الدومين العام فهو غير قابل للتصرف فيه ولا يجوز تملكه بالتقادم[1] .

---

(١) هذا هو أصل التمييز ما بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي قديمه وحديثه .

أما في الشريعة الإسلامية ، فهناك أموال لا يجوز تمليكها ولا تملكها ، وتشمل المال التي أعدت لحفظ الحدود والثغور من قلاع وحصون ومرافيء وما يتصل بها من المعدات اللازمة لها . وتشمل كذلك ما جعل للمنافع العامة ، كالطرق النافذة والشوارع والقناطر والجسور المعدة للانتفاع العام ، وذلك مادامت هذه الأشياء مخصصة للمنفعة التي أعدت لها ، فإذا تغير وصفها واسمها تبعا لتغير معناها بأن صارت شيئا آخر ، أو أخرجت عما كانت قد أعدت له ، تغير حكمها تبعا لذلك (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ١٠ – علي الخفيف ص ٣٥ – محمد أبو زهرة ص ٦٤) . أما المسجد فهو وقف بمجرد جعله مسجداً على قول أبي يوسف ، أو بمجرد الصلاة فيه على قول أبي حنيفة ومحمد . وكذلك يعتبر وقفاً السقاية والرباط والمقبرة والخان ، إذا رصدها أصحابها لمنفعة الناس (أحمد ابراهيم في المعاملات الشرعية ص ٤٤٣ وما بعدها) .

فهنا نرى الشريعة الإسلامية تميز بين الأشياء العامة كالطرق والشوارع والقناطر والجسور والقلاع والحصون والمرافيء ، وبين الأشياء الموقوفة كالمسجد والسقاية والرباط والمقبرة والخان . ثم تميز أيضاً الأموال المباحة كصيد البر والبحر وأشجار الغابات وما في معادن الأرض من الفلزات ، فمن استولى على شيء منها فهو ملكه ويورث عنه . ويعتبر مالا مباحا الماء والكلأ (أي الحشيش الذي ينبت في الأرض بنفسه من غير أن ينبته أحد) والنار ، وقد قال عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والكلأ والنار . وشركة الناس في هذه الأشياء الثلاثة شركة إباحة لا شركة ملك . فالماء مال مباح ، ولكل أن ينتفع به مع اشتراط عدم الإضرار بغيره ، فإذا أحرز صار مملوكا . والكلأ مال مباح ، ومن أحرزه ملكه ، وليس لمالك الأرض الذي ينبت فيها الكلأ أن يمنع أي إنسان من إحرازه وإن كان له الحق في منع الناس من الدخول في أرضه . والنار مال مباح ، يستضاء بضوئها ، ويصطلى بها ، ويوقد من لهيبها ، وتخاط الثياب حولها فمن أوقد نارا في مفازة فإنها تكون شركة بينه وبين الناس جميعا فيما تقدم ، وإن أوقدها في موضع مملوك له كان له أن يمنع الناس من الدخول في ملكه لا من الانتفاع بناره (أحمد إبراهيم في المعاملات الشرعية ص ٢٠) .

ونتتقل ، بعد هذه العجالة التاريخية ، إلى تفصيل الكلام فى الأشياء العامة ، فنتكلم فى المسائل الآتية : (١) التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة . (٢) أمثلة للأشياء العامة أى الأشياء المخصصة للمنفعة العامة . (٣) تكييف حق الدولة فى الأشياء العامة . (٤) الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة .

§ ١ – التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة

٤٦ – معيار الأشياء العامة الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى هو معيار التخصيص للمنفعة العامة – نبذ المعايير الأخرى : لما صدر التقنين المدنى المختلط ، كان الفقه الفرنسى لا يزال غير مستقر فى المعيار الواجب الأخذ به لتمييز الأشياء العامة من الأشياء الخاصة . فاشتمل هذا التقنين على نصين ، أخذ فى كل منهما بمعيار يختلف عن المعيار الآخر . فنص فى المادة ٢٥ منه على أن « أملاك الميرى ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد » فأخذ هنا بمعيار عدم قابلية الشىء للتملك الخاص حتى يكون شيئاً عاما . ولكنه أخذ بعد ذلك بالمعيار الصحيح فى المادة ٢٦ منه ، إذ ينص على ما يأتى : « كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك » ، فأخذ بمعيار التخصيص للنفعة العامة .

ثم صدر التقنين المدنى الوطنى السابق ، فاشتمل هو الآخر على مادتين فى الأشياء العامة ، إذ نص فى المادة ٩ منه على أن « الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، إنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر ، وتشمل الأملاك الميرية :.... (حادى عشر) نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » . فأخذ التقنين المدنى الوطنى هنا صراحة بمعيار « التخصيص للمنفعة العامة » . وتكرر الأخذ بالمعيار نفسه فى المادة ١٠ من هذا التقنين . إذ تنص على أنه « يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع

العمومية -حقوق التطرق ... وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . فنصوص التقنين المدني الوطني جاء أكثر شمولا وأشد إيضاحا وأبعد مدى من نصوص التقنين المدني المختلط ، وهي متأثرة بما وصل إليه الفقه الفرنسي من نتائج في خصوص الأشياء العامة[1] ، وبخاصة عندما صرحت هذه النصوص بأن الدومين العام لا يجوز تملكه بوضع اليد ولا يجوز حجزه ولا بيعه[2] .

وجاء بعد ذلك التقنين المدني الجديد ، فأخذ هو أيضاً بمعيار « التخصيص للمنفعة العامة » في عبارة واضحة صريحة ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدني فيما رأينا : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات .. التي تكون مخصصة لمنفعة عامة.. » . ولم يغفل التقنين المدني الجديد شيئا من مزايا نصوص التقنين المدني الوطني ، بل جمعها كلها في عبارة موجزة واضحة ، وإنما تجنب تعداد الأشياء العامة الوارد في المادة ٩ من التقنين المدني السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفا عاما تتعين

---

(١) وقد كان پرودون Proudhon كما قدمنا هو أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين ميزوا بين دومين الدولة (أي أموال الدولة الخاصة) والدومين العام ، وقد قصر الدومين العام على الأشياء ذات النفع العام ، وبين خصائصه من عدم قابلية التصرف فيه وعدم جواز تملكه بالتقادم . وقد تأثر بآراء پرودون أعلام الفقه المدني في ذلك الوقت ، وبخاصة أوبرى ورو وديمولومب ولوران ، وهؤلاء استبدلوا بعبارة « دومين الدولة » عبارة « الدومين الخاص » ، وصاروا بذلك يميزون بين الدومين الخاص والدومين العام (محمد زهير جرانة ص ٤٤ هامش ٢) .

(٢) وتنوه محكمة النقض بتقدم نصوص التقنين المدني الوطني في خصوص الأشياء العامة فتقول : « أما المشرع المصري فقد كان أمامه ، وقت وضع القانون المدني الأهلي ، القانون الفرنسي الذي اقتبس كثيراً من أحكامه ، وكذلك القانون المختلط . فتفادى الغموض والقصور اللذين لاحظهما ، وأفرد للأملاك العامة مواد خاصة أتى فيها ببيان شامل كامل للأموال المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن أن يكون محلا للبس أو إبهام . فإنه بعد أن صدر المادة التاسعة من القانون المدني بنص قاطع في حصانة الأموال العامة ، بأن قرر صراحة أنه لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وإنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر ، عدد الأملاك الأميرية التي تسري عليها هذه الأحكام في إحدى عشرة فقرة تناولت كل منها نوعا من أنواع المنافع مستقلا ومنفصلا عما سبقه وما لحقه من الأنواع » (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨) .

بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها[1] . ومن ثم رأينا المادة ٨٧ مدنى تنص على ما يأتى : « ١ – تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص . ٢ – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . ويمكن ، من مراجعة هذا النص ، إجمال المزايا التى لم يغفلها التقنين المدنى الجديد فيما يأتى : (١) صرح النص فى عبارة واضحة بأن معيار الأشياء العامة هو التخصيص للمنفعة العامة . (٢) وبنى على معيار التخصيص للمنفعة العامة أن جعل الأشياء العامة تشمل العقارات والمنقولات على السواء ، فالمنقول كالعقار إذا خصص للمنفعة العامة كان شيئا عاما . (٣) وبيّن أن التخصيص للمنفعة العامة ، كما يكون بموجب قانون أو أمر ، يجوز أن يكون تخصيصاً فعلياً . (٤) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧ مدنى يصرح بأن الأموال العامة هى مملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فجاء صريحا فى أن حق الدولة أو الشخص العام على الأموال العامة هو حق ملكية . ولكن لجنة المراجعة حذفت كلمة « المملوكة » ، وذلك « تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال »[2] . (٥) وبالرغم من حذف كلمة « المملوكة » ، فقد بقى النص يميز بين الأموال العامة التى للدولة وتلك التى للأشخاص المعنوية العامة . ومقتضى ذلك أن النص اتخذ موقفا صريحا ، فجعل الأموال العامة متعددة ، بعضها للدولة وبعضها للأشخاص المعنوية العامة الأخرى . وهذا التعدد يتعارض مع فكرة الحراسة ، إذ لو لم يكن للدولة إلا الحراسة والحفظ والصيانة على الأموال العامة دون الملكية ، لاقتضى ذلك

---

(١) وقد رأينا أن بعض مستشارى محكمة النقض اقترح على لجنة مجلس الشيوخ تعديل النص ، بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدنى السابق . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، مادام المعيار العام الذى وضعه النص سليما ، والتزام هذا المعيار يغنى عن إيراد هذه الأمثلة التى اضطر واضعو التقنين السابق إلى ذكرها فى عهد لم يكن النظام الإدارى فيه قد استكمل مقوماته . ويكفى أن يقرر التقنين المدنى القاعدة العامة فى هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل فى نطاق القانون الإدارى (انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .

وحدة الأموال العامة لا تعددها ، ولا يستلزم ذلك عدم التمييز بين أموال عامة للدولة وأخرى للأشخاص المعنوية العامة دون الدولة . (٦) ولم يغفل النص أخيراً أن ينص صراحة على أهم ما يترتب من الأحكام فى خصوص الأموال العامة ، فقال فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم »[١] .

ولم يكن معيار « التخصيص للمنفعة العامة » ، الذى أخذ به التقنين المدنى كما رأينا ، هو المعيار الذى ساد فى الفقه الفرنسى فى بداية الأمر . بل سبق هذا المعيار معايير ثلاثة لم تستقر ، وعدل عنها الفقه الإدارى الحديث إلى معيار التخصيص للمنفعة العامة . ولذلك يكون التقنين المدنى المصرى متمشيا مع أحدث تطورات الفقه الإدارى الحديث كما سبق القول .

وأول معيار ساد فى الفقه الفرنسى[٢] هو معيار عدم قابلية الشيء للملكية الخاصة ، قال به ديكورك (Ducrocq) فى مؤلفه فى القانون الإدارى[٣] ، وتبعه فيه برتلمى (Berthélemy)[٤] . وهذا المعيار يرجع إلى طبيعة الأشياء ، فما كان منها غير قابل بطبيعته لأن يتملك تملكا خاصا فإنه يدخل ضمن الأشياء العامة ، وذلك كالطرق والأنهار والموانى . وفى نظر أصحاب هذا المعيار تكون استحالة تملك الشيء تملكا خاصا هى المبرر لجعله متميزا عن الأشياء التى تقبل التملك الخاص ، ومن ثم يكون شيئاً عاما وتسرى عليه أحكام الأشياء العامة وبخاصة عدم جواز التصرف فيه وعدم قابليته للتملك بالتقادم . ولكن سرعان ما لوحظ أن هذا المعيار ضيق أكثر مما يجب ، فإن كثيراً من الأشياء العامة ، كالمبانى والسكك الحديدية والأسلحة والمهمات الحربية والمنقولات الأثرية والكتب المخزونة فى دور الكتب العامة وغير ذلك ، قابلة للتملك الخاص . وحتى هذه الأشياء التى يقال عنها إنها غير قابلة للتملك

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٠ .

(٢) وقبل ذلك كان بعض الفقهاء ، ومنهم پرودون وتوليبه وديرانتون ، يرددون عبارة التخصيص للنفع العام ، ولكنهم لم يقصدوا بذلك أن يضعوا معياراً دقيقاً للتمييز بين الدومين العام والدومين الخاص ، ولم يعنوا بالبحث عن هذا المعيار . وأول من عنى بهذا البحث هو ديكروك .

(٣) الطبعة السابعة الجزء الرابع ص ٩٥ .

(٤) مؤلفه فى القانون الإدارى الطبعة الثالثة عشرة ص ٤٧٣ .

الخاص ، كالطرق والموانى ، يمكن تصورها مملوكة للأفراد والشركات فكثير من الأفراد يملك طرقا يفتحها للجمهور ويحتفظ بملكيتها فلا تنتقل إلى الدومين العام وتعتبر طرقا خاصة ، كما يمكن أن نتصور أن شركة خاصة تستأثر بملكية إحدى الموانى فلا تدخل هذه الميناء فى الدومين العام[1] .

لذلك عدل عن هذا المعيار الضيق إلى معيار أوسع ، هو تخصيص الشىء لاستعمال الجمهور (affectation de la chose à l'usage de tous) ، فيكون الشىء عاما اذا كان مخصصا لاستعمال الجمهور بطبيعته كما هى الحال فى الأنهار ، أو بإرادة السلطة العامة كما هى الحال فى الطرق . وممن يأخذ بهذا المعيار كولان وكاپيتان ودى لاموندانديير[2] ، ويرتبون على الأخذ به إدخال بعض المبانى المملوكة للدولة والأشخاص المعنوية العامة ضمن الدومين العام ، وهى المبانى المخصصة لاستعمال الجمهور كالمدارس والجامعات ومبانى الوزارات والمصحات والمستشفيات والسجون والمحاكم والبورصات والمتاحف والسلخانات والأسواق والمدافن والمعابد وما إلى ذلك . ولكن المعيار يضيق عن بعض العقارات وكثير من المنقولات التى يجب اعتبارها داخلة فى الدومين العام .

ومن أجل ذلك عدل عن هذا المعيار أيضاً ، واتخذ معيار آخر هو معيار تخصيص الشىء لمرفق عام (affectation de la chose au service public)، وممن أخذوا بهذا المعيار ديجى[3] وجيز[4] . فيدخل ، بحسب هذا المعيار ، ضمن الدومين العام أشياء لا تكون مخصصة لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها تكون مخصصة لخدمة مرفق عام ، ومن ذلك المنقولات التى ليست مخصصة لاستعمال الجمهور وعدد كبير من المبانى التى لم تخصص لاستعمال الجمهور المباشر ولكنها خصصت لخدمة مرفق عام . ولكن المعيار مع ذلك يضيق عن أشياء يكون

---

(١) پلانيول وريبر وپيكار ٣ فقرة ١١٨ ص ١٢٥ – ١٢٦ .

(٢) كولان وكاپيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٥٣ ص ٧٦٤ – ويأخذ أوبرى ورو بمعيار تخصيص الشىء لاستعمال الجمهور ، وكذلك بمعيار تخصيص الشىء لمرفق عام الذى سيأتى ذكره ، ويأخذان بهذين المعيارين معاً فى وقت واحد (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٣ – ص ٥٤) .

(٣) القانون الدستورى الجزء الثالث الطبعة الثالثة ص ٣٤٨ .

(٤) مقاله المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩١١ ص ٣١٠ وسنة ١٩٢١ ص ٢٦٤ .

الانتفاع بها عاما ولكن عن غير طريق المرفق العام ، وذلك كمحلات العبادة فى فرنسا فهذه قد خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقاً عاما بعد فصل الكنيسة عن الدولة فى سنة ١٩٠٥[1] .

وانتهى الرأى أخيراً إلى اتخاذ معيار « تخصيص الشيء للمنفعة العامة » (affectation de la chose à l'utilité publique) ، وهو الرأى الذى استقر فى آخر تطورات الفقه الإدارى ، وأخذ به من فقهاء القانون الإدارى هوريو ورولان وفالين[2] . وبهذا المعيار أخذ التقنين المدنى المصرى كما رأينا ، فماشى بذلك أحدث تطورات الفقه الإدارى كما سبق القول . وسنورد فيما يلى أمثلة كثيرة للأشياء التى تعتبر داخلة ضمن الدومين العام طبقا لهذا المعيار ، حتى نحدد المعيار تحديداً واضحا عن طريق تطبيقاته المتعددة . ونذكر الآن أن الدولة (أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى) تخصص الشيء للمنفعة العامة ، فتنقله من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، عن طريق رسمى بموجب قانون أو ما يقوم مقامه ، أو عن طريق فعلى . كذلك يجوز للدولة (وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى) أن تخصص شيئا مملوكا للأفراد للمنفعة العامة فتدخله ضمن الدومين العام ، ولكن يشترط فى ذلك أن ينتقل الشيء المملوك للأفراد أولا إلى ملكية الشخص المعنوى العام بسبب من أسباب كسب الملكية فيدخل فى الدومين الخاص ، ثم ينتقل بعد ذلك إلى الدومين العام بطريق رسمى أو بطريق فعلى . فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمى . (٢) تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى . (٣) تخصيص الشيء المملوك للأفراد للمنفعة العامة .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

(٢) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة الحادية عشرة ص ٦٤٦ – رولان فى موجز القانون الإدارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢٨ فقرة ٥٠١ – فالين فى القانون الإدارى الطبعة السادسة ص ٥٠٨ .

هذا وقد أخذت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى ، فى جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، بمعيارى تخصيص الشيء لاستعمال الجمهور وتخصيص الشيء لمرفق عام فى وقت واحد .

٤٧ — **تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق رسمي** : يغلب أن يكون الطريق الرسمي هو الطريق الذى يختار فى الأشياء التى تعد إعداداً خاصا للمنفعة العامة ، وذلك كالمبانى العامة والاستحكامات[1] . أما الأشياء المهيأة بطبيعتها للمنفعة العامة ، كالطرق وشواطىء البحار والأنهار ، فلا تحتاج إلى الطريق الرسمي ، إذ هى بطبيعتها مخصصة فعلا للمنفعة العامة .

وإذا اختير الطريق الرسمي ، فهذا الطريق يتمثل فى أن تستصدر الدولة أو الشخص المعنوى العام (كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة) قانونا أو مرسوما (قراراً جمهوريا) ، بحسب ماتوجبه النظم المعمول بها من استصدار قانون أو قرار جمهورى ، يخصص بموجبه للمنفعة العامة شيء داخل فى الدومين الخاص للدولة أو الشخص المعنوى العام ، فيصبح هذا الشيء الذى خصص للمنفعة العامة داخلا ضمن الدومين العام بموجب القانون أو القرار الجمهورى الذى صدر فى هذا الشأن .

وليس يلزم أن تكون الأداة الرسمية التى تنقل الشيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام قانونا أو قرارا جمهوريا ، بل يجوز أن تكون الأداة دون ذلك بحسب ما تقضى به النظم المعمول بها ، فيجوز أن تكون قرارا من مجلس الوزراء أو قرارا وزاريا . وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدنى فى أصلها تقول : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم » ، فصدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ يضيف إلى آخر الفقرة العبارة الآتية : « أو قرار من الوزير المختص » . وهذه الإضافة ، كما نرى ، لا تزال قاصرة ، إذ يجوز أن تكون الإداة الرسمية قرارا من مجلس الوزراء . وقد قضت محكمة النقض بأن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عبارة الدكريتو الصادر فى ٣ من أغسطس سنة ١٩٠١ ومذكرته التفسيرية تقطعان بأن الغرض منه هو أن تكون منطقة بحيرة مريوط هى وما تاخمها من الأراضى المبينة بالرسم الملحق به خزانا تنصب فيه مياه المصرف والأمطار ، حتى لا تطغى هذه المياه على الأراضى المجاورة ، فهى لذلك من الأموال العامة (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٣ – وقارن نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٥) .

ذلك من قبل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء ، أو على الأقل من قبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ قانون الآثار فيما يخصه بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه[١]. بل إن أى قرار إدارى يكفى لإلحاق الشيء بالدومين العام ، إذا نص القانون على ذلك[٢] . ومن هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القرار التنفيذى لدكريتو التنظيم الصادر فى ٨ سبتمبر سنة ١٨٨٩ من أن لمجلس التنظيم إلحاق الطرق بالمنافع العامة ، ويعنى ذلك أن قرارا من مجلس التنظيم يكفى لنقل الطريق من الدومين الخاص إلى الدومين العام[٣] .

٤٨ — **تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى :** وقد لا تلجأ الدولة أو الشخص المعنوى العام إلى الطريق الرسمى لنقل شيء من الدومين الخاص إلى الدومين العام ، بل تلجأ إلى الطريق الفعلى ، فتعتمد بذلك على الواقع فعلا دون حاجة إلى استصدار قانون أو أية أداة رسمية أخرى . وسبيلها إلى ذلك هو أن تهيئ الشيء الذى كان مملوكا لها ملكية خاصة ليكون صالحا للمنفعة العامة ، وترصده فعلا لهذه المنفعة ، فيصير الشيء بموجب هذا التخصيص الفعلى داخلا ضمن الدومين العام وقد انتقل إليه من الدومين الخاص . مثل ذلك أن تخصص زوائد التنظيم لمرور أصحاب المنازل الواقعة عليها ، وتكون لا تصلح إلا لذلك لوجود استحالة فنية فى تجزئتها وإضافتها إلى الملاك المجاورين ، فتصبح هذه الزوائد بموجب هذا التخصيص الفعلى

(١) نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١ .

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) محمد زهير جرانة ص ١٦٠ هامش ١ — وقد تكون الأداة الرسمية شيئاً آخر كاعتماد البرلمان : انظر م ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ التى تتطلب اعتماد البرلمان مقدما فى إنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية — أو أخذ رأى إحدى الهيئات : انظر م ٨ و ١١ و ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٣٤ الذى كان خاصا بمجالس المديريات ، وتوجب هذه النصوص أخذ رأى مجلس المديرية فى إنشاء أو إبطال الترع والمصارف العمومية الخاصة بالمديرية دون سواها ، وفى إنشاء طرق المواصلات البرية أو المائية أو الحديدية متى كانت خاصة بالمديرية دون سواها ، وكذلك فى إبطال تلك الطرق أو تعديل خطوطها ، وفى إنشاء المبانى الداخلة فى أملاك الحكومة العامة أو تخصيصها أو تغيير استعمالها أو إزالتها . انظر محمد زهير جرانة ص ١٦٠ — ص ١٦١ .

طريقاً عاما يدخل ضمن الدومين العام ولو لم يصدر بذلك قانون أو أمر[١]

وواقعة التخصيص الفعلى للمنفعة العامة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق وتدخل فيها القرائن . فإثبات أن أرضا قد أصبحت مقبرة عامة يكفى فيه إثبات أن هذه الأرض قد خصصت بالفعل للدفن وأن الدفن يجرى فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الصدد بأن هناك قرينة على تبعية الأرض للمنافع العامة مرجعها استعمال الأرض فعلا فى تلك المنفعة ، ومن القرائن التى تدل على تبعية الأرض المنفعة العامة الإشارة إليها فى خريطة المساحة باعتبارها جبانة للمسلمين ، وإن كانت المادة ٤ من دكريتو ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٩ تنص على أن عمليات المساحة لا يمكن أن تؤثر فى مسائل الملكية أو تضر بحقوق الأفراد فيستخلص من ذلك أن ليس لخرط المساحة قيمة سندات الملكية قانونا ، إلا أنه لا يمكن القول بعدم جواز الاستئناس بها كعنصر من عناصر التقدير فى دعوى تقبل فيها جميع طرق الإثبات[٢] . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك بأنه لا يشترط صدور مرسوم بعمومية ترعة لتتوافر لها هذه الصفة التى تدل على قيامها ظروف إنشائها والانتفاع العام بها[٣] ، وبأنه للمطالبة بمال باعتباره من الأملاك العامة للدولة كالأراضى المكونة لقاع البحيرات ، ليست الدولة فى حاجة لتقديم مستند ، بل يكفيها أن تتمسك بطبيعة هذه الأشياء نفسها ، أو بواقعة تخصيصها للاستعمال العام أو لمرفق عام معين أو لحاجات ضرورية لحياة الدولة[٤] .

ولمحكمة النقض الرقابة على الوصف الذى تستخلصه محكمة الموضوع مما تحصله من الوقائع فيما يتعلق بأن الشىء قد دخل فى الدومين العام لتخصيصه بالفعل للمنفعة العامة[٥] .

---

(١) المنصورة الكلية الوطنية ٤ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٤ ص ١٢٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢١٢ .

(٤) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ – انظر محمد زهير جرانة ص ١٦٢ هامش ٢ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن قاضى الموضوع حر فى تقدير الوقائع الثابتة لديه ، ولكن لمحكمة النقض أن تتدخل فى صورة ما إذا كانت النتيجة التى استخلصها من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانونا ، فإن هو قضى بأن قطعة ما من الأرض تعتبر من —

٤٩ — تخصيص الشيء المملوك للأفراد للمنفعة العامة : وفى كل ما قدمناه كنا نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوى العام إنما ينقل الشيء من الدومين الخاص المملوك له إلى الدومين العام . ولم يكن هذا من شأنه أن ينقل الشيء من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى . فالشيء فى الحالتين يبقى مملوكا للدولة أو للشخص المعنوى العام ، وإنما أصبح بدخوله فى الدومين العام خاضعا لأحكام تختلف عن تلك التى كان يخضع لها عندما كان فى الدومين الخاص[1].

والآن نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوى العام قصد أن يخصص للمنفعة العامة شيئا ليس فى ملكه (أى ليس فى الدومين الخاص) . بل هو مملوك للأفراد ، مثل ذلك أن تقصد الدولة تحويل طريق خاص مملوك لأحد الأفراد إلى طريق عام . فهنا يجب أن تمر العملية بمرحلتين : (المرحلة الأولى) أن تنقل الدولة أولا الطريق الخاص إلى ملكيتها الخاصة فيصبح الطريق داخلا فى الدومين الخاص . (والمرحلة الثانية) أن تخصص الدولة ، بعد أن يصبح الطريق فى الدومين الخاص ، هذا الطريق للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وعند ذلك يدخل الطريق فى الدومين العام . فلا يجوز إذن أن تعمد الدولة إلى الطريق الخاص وتدخله مباشرة فى الدومين العام ، قبل أن تنقل ملكيته إليها فيدخل أولا فى الدومين الخاص ومنه ينتقل إلى الدومين العام . ولو فعلت الدولة ذلك ، وخصصت الطريق رأسا للمنفعة العامة قبل أن تنقل ملكيته اليها ، لكان هذا غصبا غير مشروع .

بقى أن نحدد كيف تنتقل ملكية الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى دومين

= أملاك الحكومة الخاصة ، ورأت محكمة النقض أن الوقائع التى اتخذها أساسا لحكمه توجب اعتبار هذه القطعة مخصصة للمنفعة العامة ، كان حكمه خاطئا فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١١ ص ٤٣٤) . وجاء فى أسباب هذا الحكم : « حيث إنه يستخلص من تقرير الخبير ومن الرسم المرفق به المقدمين لهذه المحكمة أن أرض النزاع تدخل ضمن قطعة أرض خصصت بالفعل من زمن للمنفعة العامة ، وعملت عنها خريطة فى سنة ١٩١٤ أجرى الخبير تطبيقها فانطبقت ، وأن الأرض جميعها مسورة تقريبا من جميع جهاتها بمعرفة مصلحة السكة الحديدية ، وأن القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الدريسة . وحيث إن هذه البيانات . . تدل دلالة واضحة على أن أرض النزاع مخصصة بالفعل للمنفعة العامة وأنه لا حاجة لاستصدار مرسوم بقانون بإخراجها من الأملاك الخصوصية . . بما أنه يكفى تخصيصها لها بالفعل » .

(١) محمد زهير جرانة ص ١٦٥ .

الدولة الخاص ، تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة وإدخاله فى الدومين العام . يكون ذلك عادة بالطرق المعروفة لكسب الملكية فى القانون المدنى ، والطرق التى يمكن تصورها هنا هى العقد والالتصاق والتقادم . فيجوز للدولة أن تشترى الشىء المملوك لأحد الأفراد من صاحبه ، فتنتقل ملكية الشىء إلى الدومين الخاص بموجب عقد الشراء ، ثم تخصصه الدولة بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل فى الدومين العام . كذلك يجوز أن تتملك الدولة الشىء عن طريق الالتصاق ، فيصبح ملكا لها ويدخل فى الدومين الخاص مع دفع التعويض الواجب قانونا للمالك الأصلى ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة . ويجوز أخيراً أن تتملك الدولة الشىء المملوك لأحد الأفراد عن طريق التقادم ، وهذا يقع كثيراً ، فإذا تم التقادم وأصبحت الدولة مالكة للشىء فدخل فى الدومين الخاص ، خصصته بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل فى الدومين العام[1] .

على أنه يضاف إلى طرق كسب الملكية المقررة فى القانون المدنى ، بالنسبة إلى الدولة وإلى الأشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة . فيجوز للدولة وللمجافظات والمدن والقرى والهيئات العامة وغير ذلك من الأشخاص المعنوية العامة أن تنزع ملكية الأفراد بموجب إجراءات رسمها القانون ، لقاء تعويض رسم القانون أيضاً طريقة تحديده . فإذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوى العام إلى طريق نزع الملكية ، فإنه ينقل بهذا الطريق الشىء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولا ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد استعمال قطعة أرض لمرور العامة لا يكفى لجعلها طريقاً عاما ، ويجب على الحكومة ، إذا ادعت أن قطعة أرض صارت بمضى المدة طريقا عاما ودخلت ضمن الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، أن تثبت وضع يدها عليها المدة القانونية بطريقة ظاهرة ومستمرة ، كأن تثبت مثلا أنها رصفت هذه الأرض أو جعلت فيها ماشى أو غرست أشجاراً أو مدت أنابيب غاز أو أقامت عليها المصابيح (استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٠ ص ٣٢) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد زهير جرانة فى هذا الصدد : « ويلاحظ ، خلافا لما يعتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتما اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتمى بين دواعى المنفعة العامة التى تقتضى نزع الملك عن بعض الأفراد وبين =

فإذا لم يلجأ الشخص المعنوى العام إلى إجراءات نزع الملكية ، ولم يلجأ فى الوقت ذاته إلى أى طريق آخر من طرق كسب الملكية التى سبق ذكرها حتى يضيف الشيء المملوك لأحد الأفراد إلى ملكه الخاص تمهيداً لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة فينتقل إلى الدومين العام ، إذا لم يلجأ إلى شيء من ذلك بل عمد رأسا إلى تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، قاصداً بذلك نقله مباشرة من ملكية مالكه الأصلى إلى الدومين العام ، فهذا هو الغصب غير المشروع كما قدمنا . وبالرغم من أن هذا غصب غير مشروع ، فإن محكمة النقض مع ذلك لا تتعرض لعدم صحة دخول الشيء فى الدومين العام ، وتكتفى بالحكم بتعويض للمالك الأصلى . وقد قضت فى هذا المعنى بأن للمالك الذى اغتصب ملكه ، وأضيف إلى المنافع العامة بغير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض الذى نزعت ملكيتها منه جبراً عنه[1] . ويؤخذ على هذا المبدأ الذى قررته محكمة النقض أن المحكمة لا تقيم وزنا لواقعة الغصب . ويستوى طبقا لهذا المبدأ المالك الذى نزعت ملكيته طبقاً للإجراءات التى رسمها القانون والمالك الذى غصب الشيء المملوك له دون اتباع الإجراءات القانونية ، فكلاهما يقتصر حقه على التعويض ، الأول عند اتخاذ الإجراءات القانونية لنزع ملكيته ، والثانى عند ما يقاضى

= اعتبار العقارات المنزوعة أموالا عامة . ذلك أن صفة العمومية فى المال وليدة تخصيصه للانتفاع العام به . أما دواعى المنفعة العامة فى نزع الملكية فقد تتحقق وتستوفى غايتها من غير حاجة إلى إسباغ صفة العمومية على العقارات المنزوعة ، وإن كان يغلب فى العمل أن اللجوء إلى نزع الملكية يراد به إلحاق العقارات المذكورة بالأموال العامة .. وعلى هذا فيشترط لصيرورة العقار فى هذه الصورة من الأموال العامة أن ينص فى مرسوم نزع الملكية على تخصيصه للمنفعة العامة ، أو تخصيصه بالفعل باعتبار أنه أصبح من أموال الدولة لهذه المنفعة ، وإلا اعتبر من الأموال الخاصة » (محمد زهير جرانة ص ١٧٤) - وانظر أيضاً هوريو فى موجز القانون الإدارى الطبعة الحادية عشرة ص ٧٢٥ - أوتوماير فى القانون الإدارى الألمانى الترجمة الفرنسية جزء ٣ طبعة سنة ١٩٠٥ ص ٥٢ - جانس فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ - محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨٢ وص ٧٨٤ .

(١) نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ - وانظر أيضا نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ - ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ .

الشخص العام على أثر الغصب . وكان الواجب التمييز بين الحالتين ، فنى الحالة الأولى ، إذا اتبعت الإجراءات التى رسمها القانون ، كان انتقال الشىء إلى الدومين العام صحيحاً ، واقتصر حق المالك الأصلى على التعويض الذى يحصل عليه عند اتباع الإجراءات القانونية . أما فى الحالة الثانية فالأمر يختلف ، اذ أن الشخص المعنوى العام قد غصب من المالك ملكه ولم يتبع الإجراءات التى رسمها القانون ، فالواجب إذن اعتبار هذا الغصب عملا غير مشروع وليس من شأنه أن يسلب المالك ملكه . ومن ثم يكون الشىء لا يزال باقيا على ملك صاحبه ، فلا يمكن إذن أن يكون قد انتقل إلى الدومين العام ، وتقضى المحكمة فى هذه الحالة برد الشىء عينا إلى صاحبه مع التعويض إذا كان له محل . وعلى الشخص المعنوى العام ، إذا بقى مصراً على إلحاق الشىء بالدومين العام ، أن يبدأ أولا باتباع الإجراءات القانونية لنقل ملكية الشىء إلى الدومين الخاص ، كأن يتخذ إجراءات نزع الملكية . فإذا تمت هذه الإجراءات وانتقل الشىء إلى الملكية الخاصة للشخص المعنوى العام ، عمد هذا إلى تخصيصه للمنفعة العامة فينتقل بذلك إلى الدومين العام [1] .

§ ٢ – أمثلة للأشياء العامة أى للأشياء المخصصة للمنفعة العامة

٥٠ — تعداد الأشياء العامة : أوردت المادتان ٩ و ١٠ من التقنين المدنى

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد زهير جرانة ص ١٨٣ – محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأموال الخاصة والعامة ص ٧٨١ – محمد على عرفة فقرة ١١٥ – عبد المنعم الشرقاوى فى شرح قانون المرافعات فقرة ١٢٥ ص ١٩١ – أسيوط الجزئية ٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٤ رقم ٣٣٠ ص ٦٥٢ – الإسكندرية الكلية الوطنية ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ – وانظر هوريو فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٣١ – أوتوماير ٣ ص ١٤٦ .

وهناك رأى يذهب إلى التمييز بين ما إذا ترتب على تخصيص المال المغصوب للمنفعة العامة تغيير فى معالمه فيصبح نهائيا من الأموال العامة ولا تزول عنه هذه الصفة ويقتصر حق المالك الأصلى على المطالبة بالتعويض ، وبين ما إذا لم تتغير معالم العين بتخصيصها للمنفعة العامة فلا تلحقها صفة المال العام ولا يسقط عنها حق صاحبها وترد إليه عينا (محكمة استئناف أسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٢٥ – وحيد رأفت فى القانون الإدارى ص ١٠١٢) . وانظر فى الرد على هذا الرأى محمد زهير جرانة ص ١٨٤ وهامش رقم ١ .

الوطنى السابق ، كما رأينا[١] ، تعدادا للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفل التقنين المدنى الجديد هذا التعداد اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفاً عاما تتعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة إلى تعدادها[٢] . ومع ذلك فإننا إذا أردنا إيراد أمثلة للأشياء العامة ، فإن هذا التعداد الذى أغفله التقنين المدنى الجديد يشتمل على أمثلة كثيرة فيها كل الغناء . لذلك نعود إلى هذا التعداد على أن نحور فى الترتيب الذى ورد فى التقنين المدنى السابق ، متوخين فى هذا التحوير أن نرتب الأشياء العامة تبعا لموقعها (أرضية ونهرية وبحرية) ، وتبعا للأغراض التى أعدت لها (أشياء عامة حربية وأشياء عامة ذات غرض دينى أو خيرى ومبان أعدت لتكون مقراً للمصالح الحكومية) ، وتبعا لطبيعة الشىء (المنقولات وحقوق الارتفاق) . وعلى هذا الأساس نورد التعداد على الوجه الآتى :

١ — أشياء عامة أرضية ، الطرق والشوارع والقناطر والحوارى ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات (والتلفونات) .

٢ — أشياء عامة نهرية : الأنهار والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها ، والترع العامة (والمصارف العامة) ، والمين والمرافئ والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع (والمصارف) ولمرورها .

٣ — أشياء عامة بحرية : الشواطئ ، والأراضى التى تتكون من طمى البحر ، والأراضى التى تنكشف عنها المياه ، والمين والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى .

٤ — أشياء عامة حربية : الحصون والقلاع والخنادق والأسوار والأراضى فى مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية ، والترسانات والقشلاقات والأسلحــة والمهمات الحربية والمراكب الحربية .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٦ .

٥ – أشياء عامة ذات غرض دينى أو خيرى : الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، والمرافق .

٦ – المبانى الحكومية : العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

٧ – المنقولات : مراكب النقل أو البوستة (أو الطيارات) ، والدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، ونقود الميرى .

٨ – حقوق الارتفاق : حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة ، أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

ونستعرض هذه الأشياء تباعا .

٥١ — أشياء عامة أرضية : تعتبر الطرق والشوارع والقناطر والحوارى المخصصة المنفعة العامة ، أى المخصصة لمرور الجمهور ، أشياء عامة . وتكون هذه الأشياء مخصصة للمنفعة العامة إما بموجب قانون أو ما يقوم مقامه وهذا هو التخصيص الرسمى ، أو بموجب التخصيص الفعلى ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور من مدة طويلة ، أو أن تكون الإدارة قد تولت العناية بالطريق أو الشارع فعبدته للمرور ورصفته وأنارته وغرست فيه الأشجار مثلا . ولاعتبار طريق أو شارع مخصصا للمنفعة العامة ، لا يشترط أن توجد مصلحة تنظيم فى الجهة التى يوجد فيها الطريق أو الشارع[1] . ولا يشترط كذلك أن يكون الطريق أو الشارع على نفقة الحكومة كما تشترط ذلك المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المدنى الأهلى قد أطلق النص الخاص بالطرق من كل قيد ومن كل شرط إلا عدم ملكية الأفراد لها ، فليس ثمة شرط الصرف على الطرق بمعرفة الحكومة

---

(١) استئناف وطنى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٩ ص ١٦٠ .

– كما جاء في القانون الفرنسي – من الشروط التي تمنع الإخلال بها من اعتبار هذه الطرق من المنافع العمومية ، ولا تحتاج إلى أوامر إدارية أخرى غير اعتبارها متروكة للتطرق[١] . ويجوز للأفراد فتح طرق أو شوارع خاصة في ملكهم ، ويبقى الطريق أو الشارع ملكا خاصا لصاحبه ، ويدل على ذلك بعلامة مادية هو أن يسد طرفي الطريق أو الشارع بباب أو درابزين أو جنزير لمنع مرور الجمهور فيه (المادة ٩ من الأمر العالي الصادر في ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ في خصوص أحكام مصلحة التنظيم) . ويجوز أن ينتقل الطريق أو الشارع من ملك الفرد الخاص إلى الدومين العام ، وذلك بأن يتنازل المالك عن الطريق أو الشارع للحكومة وتخصيصه هذه للمنفعة العامة ، وقد يكون التنازل ضمنيا كما لو أجرت الحكومة وضع النور أو الرصف وسكت المالك عن ذلك[٢] . وللإدارة الحق في تعديل الطرق والشوارع العامة وفي إلغائها ، أما الملاك المجاورون للطريق العام فينحصر حقهم في تمكينهم من الوصول إلى

---

(١) نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ٢٧٧ . وقد جاء في هذا الحكم بأن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون المدني (السابق) صريحة في اعتبار الطرق – بوصف أنها طرق مهما كانت حالتها ومهما كان موقعها ومبلغ العناية بها – هي من الأملاك العامة بشرط واحد هو ألا تكون ملكا لبعض أفراد الناس . فإذا ما اعتبرت الحكومة جزءاً من أرض طريقا ، وطرح الأمر على المحكمة ، وجب على المحكمة أن تقصر بحثها على معرفة ما إذا كان لهذا الجزء مالك أم أنه لا مالك له . ففي الحالة الأولى لا يمكن اعتباره من الأملاك العمومية ، إلا إذا أثبتت الحكومة أنها تملكته أو أنها قامت بجميع الإجراءات التي يفرضها عليها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة . وأما في الحالة الثانية فيجب اعتباره من أملاكها العمومية ، التي لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالت مدته .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٠٨ ص ٥٠٨ – استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٧ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ – ويعتبر تنازل المالك عن الطريق أو الشارع الخاص للحكومة لتحويله إلى طريق أو شارع عام ، وكذلك تنازل المالك للحكومة عن قطعة أرض لإنشاء شارع نظير الفائدة المرجوة من إنشاء الشارع ، تنازلا بعوض ، فلا يلزم تحرير ورقة رسمية بل تكفي الورقة العرفية (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ – استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٧ – محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٢٢ ص ١٤٠ هامش ١ – محمد علي عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ – وانظر عكس ذلك استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧) .

أملاكهم وفى تمتيعهم بما هو ضرورى من النور والهواء[١] .

ويدخل فى الأشياء العامة السكك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط التلفون ، وكل ما آل أو يؤول إلى الدولة أو إلى البلديات من وسائل النقل العام كالترام والأوتوبيسات والمطارات والطائرات وغيرها . وفيما يتعلق بالسكك الحديدية هناك منشور قديم ، كان له وقت صدوره قوة القانون ولايزال معمولا به حتى الآن ، وهو منشور باشمعاون الخديوى الذى صدر فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ (٢٥ يوليه سنة ١٨٦٤) ، وينص على ما يأتى : « الأراضى المجاورة لجانبي السكة الحديد لا يجوز بيع شىء منها ، ما لم يكن من بعد كل خندق من الجهتين بخمس أقصاب . والغير جائز التصريح ببيعه إنما هو جسر السكة والجنابيتان المجاورتان له والجسران اللذان بجانبهما المعدان للمرور والعبور كما هو مرسوم ومقنن من ديوان الأشغال والسكة الحديد . بما أن ذلك من الجسور والطرق العمومية التى لا يجوز فيها بيع ولا شراء ، وما عدا ذلك بالطبع يجرى فيه البيع والشراء بخلافه . وأما أرض الخنادق عند جفافها من الماء إذا كانت تستعد للزراعة وتكون من المضاف بالمال أو بالعشور ، فيمكن للمضافة عليه الانتفاع بزراعتها ، بحيث أن الزراعة التى تجرى بها لا تضر بسكة الحديد ولا يترتب عنها حرمان مرور المياه الصيفى أو الشتوى بالخنادق المذكورة »[٢] . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن يعتبر جسر السكة الحديدية والجنابية من المنافع العامة بمقتضى منشور الباشمعاون الصادر سنة ١٢٨١ هجرية ، والذى كان له قوة القانون قبل صدور قانون نزع الملكية ، وطبقاً لقائمة التالف التى

---

(١) نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ – استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٤ (إذا ترتب على تنفيذ أعمال مقررة لمصلحة عامة على طريق عام إضعاف متانة المنازل المجاورة أو تغيير المنافذ أو سد المناور ، فالإدارة ملزمة بالتعويض) – استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٨م ٢٠ ص ١٩٣ (الملاك المجاورون للطريق العام لا يستطيعون المعارضة فى تعديل الطريق أو إلغائه ، ولكن لهم أن يطالبوا الإدارة بالتعويض) – استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٦ (إنشاء مرحاض عام فى طريق عام لا يكون سبباً لمطالبة الملاك المجاورين بالتعويض إلا إذا أثبتوا أن الإدارة قد سببت لهم بإهمالها أضراراً تفوق الأضرار التى تلازم عادة مثل هذه المشروعات العامة) .

وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٣ ، والأحكام المشار إليها فيه .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٥٥ – ص ١٥٦ .

عملت بناء على منشور الباشمعاون وتضمنت بيان الأرض التى أخذت للسكة الحديدية وأدخلت فى المنافع العامة[1] .

(١) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٧ ص ٨٢٥ – وانظر أيضاً استئناف وطنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٣ ص ٦٢ – ٩ فبراير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥ ص ١٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن منشور باشمعاون خديوى الذى صدر فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ هو الأصل الذى يجب الرجوع إليه لمعرفة ما هى الحالة القانونية للأراضى التى تمر عليها السكك الحديدية والأراضى التى تجاور هذه السكك . وقد قسم المنشور المذكور هذه الأراضى إلى قسمين . وجعل الأول من المنافع العمومية التى لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها ، وهى جسور السكك الحديدية والخندقان المجاوران لها يميناً وشمالا والطريق المعد لمرور الناس بجانب كل خندق . وجعل على القسم الثانى منها حق الارتفاق لمصلحة السكك الحديدية ، وهذا القسم يشمل الأراضى التى لا تبعد عن الطريق المجاور للخندق أكثر من خمس أقصاب . وقد اعتبر هذا المنشور أن كل جسر من جسور السكك الحديدية يجاوره خندق من كل جهة ، ولكن هذا الاعتبار القانونى لا يؤخذ منه أن هذه الخنادق يجب أن تكون موجودة فعلا وفيها مياه ، بدليل أن المنشور نفسه فرض عكس ذلك وسمح بزرع أرض الخنادق إذا جفت ، ولكن جفاف هذه الخنادق واستعمالها للزراعة هو شيء عارض (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٣٧٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص العربى لمنشور سنة ١٢٨١ هجرية الملحق بلائحة الأطيان السعيدية تحت رقم ١٤ لو ترجم ترجمة صحيحة لظهر : أولا أن جسر السكك الحديدية والخندقين المجاورين له والجنابيتين المجاورتين للخندق والمعدتين للمرور هى ملك الدولة ملكا مطلقاً ولا يجوز التصرف فيها ولا امتلاكها بالتقادم – ثانيا أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب (١٧ متراً و٧٥ سنتيمترا) من بعد الجنابيتين المجاورتين للخندقين ليست ملكا لمصلحة السكك الحديدية ولا حق لها فى تحصيل إيجارها ، ولكن إذا انتقلت ملكية هذه الأراضى كان للمصلحة الحق فى التدخل والاتفاق مع المشترى على شروط الامتلاك وكيفيته ، منعا لما عساه أن يصيب المصلحة من الضرر وحتى لا يتعطل سير السكك الحديدية . فللمصلحة إذن حق ارتفاق من نوع خاص (sui generis) لتطمئن إلى طريقة انتفاع المشترى بالأرض بحيث لا يتعارض انتفاعه مع مصلحتها أو يعطل طريق استغلالها (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧٧ – ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٢ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ – ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ – ١٦ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٣٥ – ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٢٧ .

ويتبين من ذلك أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب من بعد الجنابيتين المجاورتين للخندقين هى ملك خاص للأفراد ولهم حق التصرف فيها بعد مراعاة حق مصلحة السكك الحديدية من الاتفاق مع المشترى على شروط التملك وكيفيته ، ويجوز تملكها بالتقادم (محمد على عرفه فقرة ١٢٩ ص ١٦١ – محمد زهير جرانة ص ١٨٧ – ص ١٨٩) .

٥٢ — أشياء عامة نهرية : ويعتبر من الأشياء العامة نهر النيل ، مياهه ومجراه وقاعه وجسوره[١] وفروعه[٢] . فيجوز للأفراد ولملاك الأراضى المجاورة للنيل الاستفادة من مياهه[٣] . أما المجرى فهو خط يتحدد بالمتوسط بين أعلى مياه يصل إليها النيل فى أعلى فيضانه وأعلى مياه يصل إليها فى أنخفض فيضانه ، وذلك فى خلال مدة طويلة من السنين فيما عدا السنين التى يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا[٤] . فكل الأراضى والجزر التى تدخل فى هذا المنسوب تعتبر جزءاً من مجرى النيل . وتعتبر الأراضى الواقعة على جسور

---

(١) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٣٧ — ٢١ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٩ — وقد قضى بأنه يدخل المنافع العامة سطح النهر بما فى ذلك المجرى بمعناه الواسع ويشمل الفروع المختلفة والقاع حتى الجسور ، فليس للملاك المجاورين حق القيام بأعمال تفيد كسب الملكية ولا بأعمال لاتقاء الفيضان بدون ترخيص من الحكومة (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥) . وقضى أيضاً بأن ما يتبع الأنهار الصالحة للملاحة ، أى الضفاف العالية والأراضى الواقعة على جسور النيل ، يعتبر من أملاك الحكومة العامة ، فلا تقبل التملك بالتقادم (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٧٨ — ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٠ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٤) وقد قضى بأن فراش (lit) النهر أو مجراه يتحدد بالمنسوب الذى يصل إليه أعلى مياه النهر فى وقت الفيضان العادى ، أى المتوسط فى عدة سنين ، ماعدا التى يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا، فكل مايدخل فى هذا المنسوب يعتبر جزءا من مجرى النهر فيكون من الأملاك العامة (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦) . وقضى بأن الأطيان التى أغرقتها المياه إذا كانت تعد بحسب طبيعة موقعها جزءاً من مجرى النهر ، ولما ارتفع منسوبها بتراكم الطمى أبيح تمليكها للأهالى ، فإن هذا التمليك لا يعنى أنها لم تعد جزءاً من مجرى النهر ، لأن الواقع أنها جزء منه ، ولذلك فإن ملكية أصحابها تكون محملة بحق ارتفاق مقرر للمنفعة العامة من مقتضاه أن تغمرها مياه النهر عند الحاجة لتجرى مياهه فيها هذه طليقة بين جسرين ، دون أن يكون لأصحابها حق فى التعويض عن ذلك ، ولذلك تكون الحكومة غير ملزمة قانونا بالمحافظة عليها من الغرق (مجلس الدولة ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة ٤ رقم ٢٢٤ ص٧٣٧). وانظر نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ — استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣١ — ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩ — محمد كامل مرسى فقرة ١٣٧ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ — وحيد رأفت ص ١٠٠٠ .

النيل من الأشياء العامة التي لا يجوز تملكها بالتقادم[١] ، ولا لإجراء أعمال لاتقاء الفيضان بغير ترخيص من جهة الإدارة[٢].

كذلك يدخل ضمن الأشياء العامة الترع العامة والمصارف العامة. والترعة العامة هي كل مجرى معد للري تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٢ من قانون الري والصرف)[٣]. والمصرف العام هو كل مجرى معدالصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٣ من قانون الري والصرف) . ومقتضى أن يكون المجرى ترعة عامة ومصرفاعاما أنه يجوز للجميع الانتفاع بالترعة واستعمال مياهها لري أراضيهم ، والانتفاع بالصرف واستعماله لصرف المياه فيه . وقد وضعت قيود على هذا الاستعمال لضمان توزيع المياه توزيعا عادلا ، وتسهيل الملاحة ، والانتفاع بالجسور ،من ذلك قلع الأشجار المغروسة في جسور الترع ، إذا ثبت أنها تعوق سير مياه الترعة أو تعطل الملاحة فيها أو تعطل المرور على جسورها (م ٩ من قانون الري والصرف) ، وحظر إنشاء مآخذ المياه في جسور النيل أو جسور الترع العامة إلا بترخيص (م ٣٦ من قانون الري والصرف) ، ووجوب الحصول على ترخيص لإقامة أية آلة من الآلات الرافعة التي تدار بغير اليد كالساقية أو التابوت (م ٤٥ من قانون الري والصرف) . وتعتبر جسور الترع والمصارف العامة من الأشياء العامة، فلا يصح تملكها بالتقادم[٤] — ولكن يجوز الترخيص للأفراد في زراعة

---

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ — استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أوغير عمومية أمر قانوني بينته لائحة الترع والجسور ، فمن واجب المحكمة إذن أن تراعي في قضائها ما جاءت به تلك اللائحة في هذا الصدد . فإذا هي لم تفعل ، واعتمدت فقط في قيام صفة الترعة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن الترعة بجسريها عمومية ، كان حكمها متعينا نقضه (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٣) .

(٤) استئناف وطني ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٢ ص ١٨٠ — استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ — —

جسور الترع ، ويصدر الترخيص من وزارة الرى ، ولها أن تقيده بالشروط التى تراها لازمة لمنع الإضرار بصالح الرى والصرف (م ٨ من قانون الرى والصرف) . أما المساقى والمصارف الخاصة فهى مملوكة للأفراد ، ولكن يجوز لهم التنازل عنها للحكومة لتصبح ترعا ومصارف عامة تتولى الحكومة صيانتها . كما يجوز بقرار جمهورى أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة أو مصرفا عاما إذا كانت المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة يصب فى أى منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (م ٤ من قانون الرى والصرف). وبقاء ترعة أو مصرف ضمن الأشياء العامة منوط بكون الحكومة مستمرة على تولى حفظها وصيانتها وتطهيرها ، فإذا انقطعت الحكومة عن ذلك جاز أن يؤول انقطاعها نقلا للترعة أو المصرف من الأشياء العامة إلى الأشياء الخاصة ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلى الجسور[1] .

ويتبين من ذلك أن الأشياء العامة النهرية (donaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وهى نهر النيل ، أو صناعية وتشمل الترع والمصارف والمين والمرافئ والأرصفـــة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالنهر أو الترع[2] .

٥٣ — أشياء عامة بحرية : وشواطىء البحر (rivages de la mer) تعتبر من الأشياء العامة ، والشاطىء يشمل الأرض التى يغطيها أعلى أمواج

= محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ — ومسطاح الترعة (banquette du canal) الواقع بين جسرها والماء يعتبر من الأشياء العامة ، ولا تزول عنه هذه الصفة إلا بحادث طبيعى أو بأمر إدارى ينقله إلى الأشياء الخاصة (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٢ - محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٦٠ هامش ٢) .

(١) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٤ ص ٨٦ (بالنسبة إلى الترعة أو المصرف) — استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩١ (بالنسبة إلى الجسور) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٥ .

الشتاء ، ويرجع فى تحديدها إلى الطبيعة[١] . فلا يجوز التصرف فى شواطىء البحر على هذا التحديد ، كما لا يجوز تملكها بالتقادم[٢] . ولا يجوز أخذ رمال أو أحجار أو حصى أو مواد أخرى من شواطىء البحر (وهى من الأملاك العامة كما رأينا) ، أو من الأراضى التى تتكون من طمى البحر أو التى ينكشف عنها البحر (وهى من أملاك الحكومة الخاصة كما سنرى) ، فى السواحل التى تعين بقرار يصدره المحافظ أو المدير ، وإلا كانت العقوبة غرامة مقدارها مائة قرش وضبط هذه المواد ومصادرتها (قرار ناظر الداخلية الصادر فى ٦ مارس سنة ١٩١٢) .

وكذلك تعتبر من الأشياء العامة البرك والمستنقعات (les marais et étangs) المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للدولة ، فلا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم[٣] .

والأشياء العامة البحرية (domaine public maritime) كالأشياء العامة النهرية (domaine public fluvial) إما أن تكون طبيعية وتشمل شواطىء البحر والمراسى والموارد (les havres et rades) والبرك والمستنقعات المستملحة والبحيرات ، أو أن تكون صناعية وتشمل المين (les ports)

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨ – أول يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٩ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٢ ص ١٥٩ – محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ – أما البحر ذاته فالدولة ليس لها فيه إلا حق السيادة على المياه الإقليمية (la mer territoriale) ، وتقدر بمدى مرمى المدفع . وكان هذا المدى يبلغ ثلاثة أميال بحرية (أى ٥٥٥٦ متراً) ، ولكنه زاد بعد ذلك كثيراً ، وهناك ميل إلى تحديد هذا المدى فى الوقت الحاضر بمقدار ١٢ ميلا بحريا . انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٤ ص ١٣٤ هامش ١ والمراجع المشار إليها فيه .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ – وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان شاطىء البحر من الأملاك العامة ، كانت الأكشاك التى تقيمها البلدية عليه لفرض تنظيم الانتفاع والاستمتاع به وتيسيرهما من الأملاك العامة كذلك بالتبعية والتخصيص (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢) .

(٣) ولما كانت بحيرة مريوط مخصصة لمنفعة عامة ، فهى تتلقى مياه الصرف من محافظة البحيرة ، فإنها تعتبر داخلة فى الدومين العام (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) .

حربية كانت أو تجارية والأرصفة (quais) والأحواض (docks) [١] .

وقد ذكرت الفقرة الرابعة من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق ضمن الأشياء العامة البحرية « الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه » (les lais et relais de la mer) ، وذلك على نسق المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى . والصحيح أن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها[٢] . وإذا كان المشرع الفرنسى قد ذكر أنها تدخل ضمن الدومين العام ، فقد أراد بذلك أنها ملك الأمة أى تدخل ضمن الدومين القومى ، وقد رأينا أن التقنين المدنى الفرنسى قد خلط ما بين الدومين القومى والدومين العام وجعلهما شيئاً واحداً [٣]. فلم يتنبه المشرع المصرى إلى هذا الخلط الذى وقع فيه المشرع الفرنسى ، وذكر مجاراة له أن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه هى من الأملاك العامة[٤] .

٥٤ — أشياء عامة حربية : ولما كان مرفق الدفاع من أهم وظائف الدولة ، فكل ما يستخدم لهذا المرفق يعتبر من الأشياء العامة التى لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم ، حتى لا يتعطل مرفق من أخطر المرافق . ويدخل ضمن ما يستخدم لمرفق الدفاع الحصون والقلاع ، والخنادق ، والأسوار ، والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات ، وميادين التدريب والمناورات ، والترسانات ، والقشلاقات (الثكنات) ، ومصانع الذخيرة والذخائر والأسلحة ، والأسطول الحربى ، والطيارات الحربية ، وجميع المهمات الحربية ما كان منها قديماً وما استحدث

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٥ .

(٢) انظر م ١٩١٩ مدنى — وانظر فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١٣٣ ص ١٤٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٣ — وقد كانت محكمة الاستئناف المختلط قد وقعت فى هذا الخطأ فقضت بأن هذه الأراضى تعتبر من الأملاك العامة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٨) ، ثم رجعت عن خطأها فقضت بأنها تعتبر من الأملاك الخاصة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦) .

فإذا زال تخصيص شيء من ذلك لمرفق الدفاع ، أصبح من أموال الدولة الخاصة ، وجاز التصرف فيه . ومن ثم فالحصون والقلاع إذا أبطل استعمالها[١] ، وأسوار المدن القديمة التي لم تعد بذات فائدة في الدفاع ، كل هذه تكون من أملاك الدولة الخاصة[٢] .

٥٥ — أشياء عامة ذات غرض ديني أو خيري : كانت الفقرة السابعة من المادة ٩ من التقنين المدني السابق تنص على أن الأملاك العامة تشمل « الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها » . ويلاحظ أن عبارة « كافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان » هي ترجمة غير دقيقة لتعداد أتى في النص الفرنسي للمادة لم يرد فيه شيء عن « الأوقاف الخيرية » ، وإنما ذكر (établissements pieux) أي محال العبادة أو المؤسسات الدينية (établissements d'instruction) أي مؤسسات التعليم ، و (établissements de charité) أي مؤسسات البر والإحسان[٣] . وهناك فرق بين الأملاك العامة والأوقاف الخيرية ، وإن كانا يتفقان في عدم جواز التصرف فيهما ، فالأوقاف الخيرية تنتفع بها جهة البر التي عينها الواقف أما الأملاك العامة فينتفع بها جميع الناس ، ويصرف على صيانة الأوقاف الخيرية من ريعها أما الأملاك العامة فيكون الصرف على صيانتها من أموال الدولة[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٢) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ١١ ص ١٠٦ (سور مدينة القاهرة القديم) . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٦٠ — محمد علي عرفة فقرة ١٣٠ .

(٣) انظر استئناف مصر ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٩ ص ١٧٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة ، طبقاً لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم ، هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها ناظرة عليها ، شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شؤون الوقف ، فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٥٢) .

وفى عهد التقنين المدنى السابق كانت المساجد (الجوامع) ، وفقا للنص المتقدم الذكر ، تعتبر من الأملاك العامة إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها .

فإذا لم يتوافر هذا الشرط — شرط الإدارة أو الصرف — فإن المسجد يعتبر من الأملاك الخاصة[1] ، ولكن المسجد الخاص يكون فى هذه الحالة وقفاً طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية[2] .

أما الكنيسة فقد قضت محكمة النقض بأنها لا تعتبر من الأموال العامة المبينة فى المادة ٩ من القانون المدنى القديم حتى إذا صح قياسها على الجوامع المنصوص عليها فى هذه المادة ، ذلك أن عبارة الفقرة السابقة صريحة فى أن الجوامع لا تعتبر من الأموال العامة إلا إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها ، فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون فى رعاية الحكومة . ولا تعتبر كذلك من الأموال العامة استناداً إلى الأمر العالى الصادر بإنشائها ، لأنه لا يعدو كونه مجرد ترخيص فى إنشاء كنيسة ، فليس من شأنه أن يخلع عليها صفة المال العام[3] .

وبعد صدور التقنين المدنى الجديد لم تتغير الحال بالنسبة إلى الكنيسة ، وقد رأينا أنه عند نظر مشروع التقنين المدنى أمام مجلس الشيوخ تقدم أحد الأعضاء باقتراح يرمى إلى إضافة فقرة للمادة ٨١ مدنى تقضى بجعل الكنائس

---

(١) ومن ثم يمكن كسب حق المطل على كل مسجد لا تكون الحكومة قائمة بإدارته أو صرف ما يلزم لصيانته (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٥ ص ٢٤١ — وهذا قبل أن تصبح الأملاك الخاصة غير قابلة للتملك بالتقادم) — أما إذا كان المسجد معتبراً من الأملاك العامة ، فلا يجوز كسب حق المطل عليه (استئناف وطنى ٦ نوفبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٤ ص ٤٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٩ ص ١٣ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠٩ ص ٥٠٦ — ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤) .

(٢) وقد جاء فى شرح الكنز للزيلعى : « ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقة ويأذن بالصلاة فيه ، وإذا صلى فيه واحد زال ملكه . وقد أجمعوا على أنه إذا صار مسجداً زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث ، وليس له الرجوع فيه لأنه صار لله بنزوله تعالى وإن المساجد لله ، ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة » (شرح الكنز للزيلعى ٣ ص ٣٢٩) .

(٣) نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٦ ص ٥٠٠ — وانظر استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٧ ص ٢٢٤ .

والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها خارجة عن التعامل ومملوكة للهيئة الدينية العليا التابعة لها ، فرفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح[١] .

أما المسجد ، بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، فالفقه لا يزال يعتبره من الأملاك العامة إذا دخل تحت ولاية الدولة وتولت إدارته أو الصرف عليه[٢]. فإذا أنشأ المسجد أحد الأفراد وتولى الصرف عليه من ماله الخاص ، فإن المسجد وإن أصبح وقفاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا ، إلا أنه لا يعتبر من الأملاك العامة ، حتى يسلمه صاحبه لوزارة الأوقاف فتتولى إدارته والإنفاق عليه ولو من مال موقوف عليه فعندئذ يصبح من الأملاك العامة[٣] .

ويقاس على ذلك جميع الجهات ذات الغرض الخيرى أو التعليمى ، كالمستشفيات والمبرات ودور التعليم والملاجئ . فإن كانت الدولة هى التى تتولاها وتقوم بإدارتها وتتولى الصرف عليها فهى من الأملاك العامة ؛ أما إذا كانت مملوكة للأفراد فتبقى ملكا خاصا لهم .

أما المقابر (tombeaux) فتعد فى فرنسا محلا لحق عينى خاص يمنح لصاحب الترخيص[٤]. وكان دخول الجبانات (cimétière) فى الأملاك العامة فى فرنسا محلا للمناقشة[٥] ، ولكن تغلب الرأى الذى يدخلها فى هذه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦١ – ص ٤٦٤ . وانظر آنفا فقرة ١ فى الهامش . وقد قال مندوب الحكومة أمام مجلس الشيوخ : « المسألة من حيث مبدأ التنظيم أخلق بها أن تعالج فى قانون خاص من أن تقحم على القانون المدنى ، خصوصاً أن الكنائس تعتبر من الأملاك العامة فى البلاد الأخرى . ولقد أوضحت .. فى اللجنة أن من الخطر بمكان أن تعتبر الكنائس من الأملاك العامة فى مصر ، لأن هذا لا يحل الإشكال .. إننا نتفق معاً فيما يتعلق بعدم جواز اعتبارها من الأملاك العامة ، ونتفق كذلك فى أنه لا يجوز أن نخرجها من دائرة التعامل إخراجا مطلقا دون أن تنظم التفاصيل المتعلقة بإعادتها إلى هذه الدائرة ، ولهذا لا توافق الحكومة على هذه الإضافة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٣) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٦ ص ١٧٥ – محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٤) نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ – ٢ – ٧٧ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥٢ .

(٥) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥١ هامش ٤ .

الأملاك[1]. وتعتبر الجبانات فى مصر من الأملاك العامة، مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامة دون حاجة إلى إصدار قانون أو مرسوم باعتبار منطقة معينة جبانة لدفن الموتى[2]. فإذا كانت أرض مشغولة فعلا بالمقابر ويدفن فيها عادة، فهذه قرينة كافية على أنها من الأملاك العامة[3]، ولا يجوز تملكها بالتقادم[4]. أما ما ينشئه الأفراد من مبانٍ فى أرض

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ .

(٢) استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ – ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ٥٩ ص ١١٥ – ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ٣٦٠ – ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٠ ص ٢٢ – ٢٦ نوفبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٩ ص ٣١ – استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ – محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٥ – محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ .

ويختص الأفراد بموجب تراخيص بأجزاء من أرض الجبانة يقيمون حيشان عليها ، ويمدون المقابر فى هذه الحيشان . وقد قضى بأن أراضى الجبانات هى من الأراضى المخصصة للمنافع العامة ، فليس للأفراد طلب تثبيت ملكيتهم لها ، حتى لو اختصوا بأجزاء منها بواسطة إقامة حيشان عليها ، وبأن للحكومة بما لها من السلطة والولاية على الأملاك العامة أن ترفع دعوى على الأفراد إذا استعملوا أرض الجبانة فى غير ما خصصت له وهو الدفن ، وبأن كل ما يرتبه القانون لأصحاب الحيشان على أرض الجبانة المقامة عليها مبانيها هو حق اختصاصهم وحدهم بالانتفاع بتلك الأراضى بحيث لا يحق للغير أن يتعرض لهم فى هذا الحق ، فليس لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم للأراضى المذكورة لأنها من الأملاك العامة . ومما يشهد بأن حق أصحاب الحيشان على الأرض ليس حق ملكية أن أصحاب الحيشان يطلبون رخصا فى إنشائها وتعطى لهم هذه الرخص بعد دفع الرسوم المقررة ، فإعطاء هذه الرخص دليل واضح على أن مقيمى الحيشان لا يشترون الأراضى المقامة عليها ، وإنما يختصون بالانتفاع بالدفن فى الجهات التى تعين لهم بعد دفع رسوم خاصة عن ذلك ، وهذا التخصيص بالانتفاع لا ينقل إليهم ملكية تلك الأراضى لأنه ليس من العقود الناقلة للملكية (أسيوط الجزئية ٨ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣١٩ ص ٧٥٤) ، وقضى بألاّ حق للحكومة فى طلب هدم المبانى التى تشاد على أرض جبانة لإقامة زائرى المقابر ، بشرط ألا تتحول هذه المبانى إلى مساكن مستديمة (استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٤ ص ١٣٣) .

(٣) فالجبانة تدخل فى الأموال العامة بحكم تخصيصها لمنفعة عامة وهى الدفن ، ويستوى فى ذلك أن يكون من أنشأ الجبانة هى الحكومة أو أنشأها أحد الأفراد من ملكه الخاص (محمد كامل مرسى فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ – ويشير إلى حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ فى القضية رقم ٥٥٧ سنة ١٩٣٠ كلى مصر) .

(٤) قارن مع ذلك استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣١ .

وإذا أبطل الدفن فى الجبانة ، ولكن الجبانة بقيت حافظة لمعالمها، فإنها تبقى فى الأملاك العامة –

الجبانات ، فإنها تعتبر ملكا خاصا ، وتكون مملوكة لهم(١) .

٥٦ — المبانى الحكومية : لما كان معيار الشيء العام في مصر هو كما قدمنا التخصيص للمنفعة العامة ، فكل ما كان مخصصا من مبانى الحكومة لهذه المنفعة يكون شيئا عاما .

ومن ثم يدخل فى الأشياء العامة ما كان معدا لاستعمال الجمهور متى كان

= حتى يصدر مرسوم بإخراجها منها . انظر فى نقل الجبانات إلى مناطق أخرى دكريتو ٢٩ يناير سنة ١٨٩٤ ، وفى تحديد جبانات المسلمين مرسوم ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ ، وفى اختصاصات لجنة جبانات المسلمين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٢ — وانظر لائحة الجبانات الصادرة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٦ .

فإذا اندرست معالم الجبانة التى أبطل الدفن فيها ، زالت صفتها العامة . وقد قضت محكمة النقض بجواز تملك أرض الجبانة بالتقادم متى وقع ذلك بعد زوال تخصيص الجبانة للدفن واندثار معالمها وآثارها (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٥ ص ١٢) . وقضت أيضاً بأن الغرض الذى خصصت من أجله الجبانات للمنفعة العامة ليس بمقصور على الدفن وحده ، بل يشمل حفظ رفات الموتى بعد دفنهم ، وينبنى على ذلك أنها لا تفقد صفتها العامة بمجرد إبطال الدفن فيها ، ولا يجوز تملكها بوضع اليد إلا بعد زوال تخصيصها واندثار معالمها وآثارها (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٩٠ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١١٨ ص ٧٤٨) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن مفاد نصوص المادتين ١ و ٢ من المرسوم الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ والمادة ٦ من لائحة جبانات المسلمين المؤرخة ٤ مارس سنة ١٩٢٦ أن المشرع قد أخرج الأرض التى تقع حول مسجد الشافعى والتى كانت مشغولة بمجموعات مساكن مما هو مخصص للدفن ، وإن كان قد أبقاها فى نطاق الجبانات المعتبرة من الأموال العامة ، وذلك توصلا لإمهال أصحاب تلك المبانى ريثما تتلاشى مع الزمن بعد أن حرم تجديدها وترميمها ، فتخلو منها منطقة الجبانات التى لا يجوز صحياً أن تكتنفها مساكن الأحياء . وإذ استدل الحكم المطعون فيه على انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بزوال تخصيصها للدفن واندثار معالمها وآثارها كجبانة وانتشار العمران فيها مع أنها لم تكن مخصصة للدفن ولم يكن العمران طارئا ولا نتيجة لانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، فإن هذا الاستدلال يكون فاسدا (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٠٣) .

وانظر فى أن الجبانة تبقى من الأملاك العامة ولو أبطل الدفن فيها واندثرت معالمها ، مادامت الحكومة لم تقرر بأمر رسمى إعادتها للأملاك الخاصة ، فلا يصح لأى إنسان أن يضع يده عليها حتى لوكان هو الذى أخرج الأرض من ملكه لجعلها مرفقاً عاما : استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ .

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ — محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ .

مخصصا لمنفعة عامة . ومن ذلك المتاحف والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة والسلخانات والبورصات .

ويدخل أيضاً فى الأشياء العامة ما كان لازما لسير المرافق العامة متى كان مخصصا لمنفعة عامة . ومن ذلك المدارس والجامعات والمستشفيات والمصحات والمحاكم والسجون والإصلاحيات .

ويدخل أخيراً فى الأشياء العامة ما كان مخصصا لمنفعة عامة دون حاجة لأن يكون معداً لاستعمال الجمهور أو لازما لسير المرافق العامة . ومن ذلك ماورد فى الفقرة ٨ من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق من « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لإقامة ولى الأمر أوللنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » . وهذه المبانى مختلف عليها فى فرنسا ؛ فبعض يرى أنها لا تدخل فى الأموال العامة[1] ، وبعض يرى أنها تدخل[2] . أما فى مصر ، فلا خلاف فى أنها تدخل فى الأشياء العامة[3] .

٥٧ — المنقولات : هناك خلاف فى فرنسا فيما إذا كان يمكن اعتبار المنقولات داخلة فى الأملاك العامة ، فبعض يجيز ذلك[4] ، وبعض لا يجيز[5] . أما فى مصر ، فلا خلاف فى جواز اعتبار المنقولات من الأملاك العامة ، سواء كان ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق (انظر م ٩ فقرة ١٠ وفقرة ١١ من التقنين المدنى الوطنى) أو فى عهد التقنين المدنى الجديد حيث تصرح الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدنى بأن « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات .. » .

---

(١) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٥٦٦ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ هامش ٦ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٦٨٨ .

(٣) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٩ – محمد على عرفة فقرة ١٣١ ص ١٦٤ – وانظر بالنسبة إلى سراى عابدين : استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٢ ص ٥١٧ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ – هوريو ص ٦٤٣ – تعليق ڤالين فى داللوز ٤٦ ص ٢٨ .

(٥) برتلمى ص ٤٢٢ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٥١ ص ٧٦٥ .

وقد أدخلت الفقرة ١٠ من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق ، بصريح النص ، فى الأملاك العامة « الدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية » . فيدخل إذن فى الأملاك العامة المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة[1] ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة.

كذلك أدخلت الفقرة ١١ من المادة ٩ سالفة الذكر فى الأملاك العامة «نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر »[2] .

ومن المنقولات المخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم تدخل ضمن الأملاك العامة ، « مراكب النقل أو البوستة » المذكورة فى الفقرة التاسعة من المادة ٩

---

(١) انظر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار (م ١ و ٧) . وانظر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ بشأن حماية آثار العصر العربى (م ٢) . وانظر المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ بإلحاق المتحف القبطى بأملاك الدولة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لا يجوز التبايع فيه ، وللحكومة أن تسترده من حائزه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه ، ولا يقبل فى شأنه الاحتجاج بأحكام امتلاك المنقول بالحيازة (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ — وانظر أيضاً استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥١ — محمد على عرفة فقرة ١٣٣ .

وفيما يتعلق بالأراضى الأثرية قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تعد الأراضى الأثرية من أملاك الحكومة العامة إلا إذا صدر قرار من السلطة المختصة يقضى بأنها أثرية ، فإذا لم يصدر قرار بهذا المعنى تبقى تلك الأراضى من الأملاك الأميرية الخاصة (استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٤ ص ٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أموال الحكومة ، منقولة أو ثابتة ، غير قابلة للحجز ، خصوصاً النقود الموجودة داخل خزائنها أو المعدة لدخولها فيها (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ بوريللى) — وقضت أيضاً بأن يلغى كل حجز موقع على نقود الحكومة لو كانت تلك النقود تحت يد الغير ، لأن ذلك لا ينفى عنها صفتها العامة المكسوبة لها بموجب قانون أو بموجب تخصيصها الطبيعى (استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٧٩ بوريللى) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥٢ — محمد على عرفة فقرة ١٣٣ ص ١٦٨ .

سالفة الذكر ، ويقاس عليها الطيارات التى تملكها الحكومة وتخصصها للمنفعة العامة .

٥٨ — حقوق الارتفاق : وقد نصت المادة ١٠ من التقنين المدنى الوطنى السابق على أن « يعد أيضاً من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحديثة ، وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » . وهذه هى حقوق الارتفاق الإدارية المقررة لمنفعة عامة ، فهى تعتبر أيضاً داخلة فى الأموال العامة .

ويدخل ضمن حقوق الارتفاق الإدارية «حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع» (les servitndes de voirie) . فمن كان ملكه يقع بجوار شارع عام تحمل بتكاليف تقررها القوانين واللوائح ، من ذلك ما يستوجبه تقرير خط التنظيم ، وعدم جواز البناء بغير إذن ، وإصلاح الأبنية الآيلة للسقوط أو هدمها .

ويدخل أيضاً ضمن حقوق الارتفاق الإدارية المذكورة الحقوق المتعلقة « بمجارى المياه » (les cours d'eaux) . كحق الإدارة فى قطع الأشجار المغروسة فى الجسور أو فى منحدرات الترع والمصارف العامة إذا كانت تعوق الملاحة أو سير المياه أو تمنع السير على الجسور .

وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة «بالأشغال العمومية» (travaux publics) ، كحق الإدارة فى نزع الملكية للمنفعة العامة أو فى الاستيلاء الموقت على عقارات الأفراد ، وكحقها فى هدم بناء لإجراء الأعمال الواقية من الفيضان .

وتدخل أيضاً الحقوق المتعلقة « بالأعمال الحربية » (servitudes militaires) ، كمنع الملاك المجاورين للقلاع والحصون من إقامة مبان على مسافة معينة[1] .

ويفرق الفقه الإدارى فى التكاليف المتقدمة الذكر ما بين الأعباء التى قد تفرضها الإدارة على بعض عقارات الأفراد لاعتبارات تتعلق بالنفع العام ولكنها لا ترمى إلى خدمة عقار معين من الأموال العامة ، وذلك كحق الحكومة

---

(١) انظر فى كل ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢٣ .

فى قلع الأشجار المغروسة على الجسور وحقها فى نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء الموقت ، وبين حقوق الارتفاق الإدارية بمعناها الصحيح التى هى تكاليف مقررة على عقارات مملوكة للأفراد لمنفعة عقارات داخلة فى الأملاك العامة ، وذلك كقيود البناء التى يستوجبها تقرير خط التنظيم على أصحاب العقارات الكائنة على حافة خط التنظيم ومنع الملاك المجاورين للحصون والقلاع من البناء على مسافة معينة وحق الإدارة فى نزع أتربة من الأراضى المجاورة للجسور العامة لتقويتها وحمايتها من غوائل الفيضان [١] .

§ ٣ - تكييف حق الدولة فى الأشياء العامة

٥٩ — **الانقسام فى فرنسا بين رأيين** : كان الرأى السائد فى فرنسا ، وهو الرأى الذى أخذ به پرودون منذ ميز بين الدومين العام والدومين الخاص (دومين الملكية) ، أن حق الدولة فى الأشياء العامة ليس حق ملكية ، بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعا (surintendence: une fonction de garde et de surveillance) . ولكن هـذا الرأى لم يبق سائداً ، بل نبت إلى جانبه رأى آخر يقول بأن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية حقيقية لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . وبقى الفقه فى فرنسا منقسما بين هذين الرأيين ، ولو أن الرأى الثانى أخذ يتغلب شيئاً فشيئاً فى خلال القرن التاسع عشر ، وأخذ حق الدولة يتطور بالتدريج من مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة إلى أن يكون حق ملكية ، وإن كانت ملكية مقيدة بالمنفعة التى خصص لها الشىء العام [٢] .

فنستعرض كلا من الرأيين :

---

(١) محمد زهير جرانة ص ٢١٧ – ص ٢١٨ – ويقول فى هذا الصدد : « وقد ترتب على الخلط بين الارتفاق والأعباء الإدارية التى تفرض على عقارات الأفراد لدواعى النفع العام ، أن رأى فريق من الفقهاء فى هذا فارقا بين الارتفاقات المدنية والارتفاقات الإدارية ، فذكروا أن ما تمتاز به الارتفاقات الإدارية التى تفرض على عقارات الأفراد عدم وجود عقار مخدوم كما هو الحال فى الارتفاقات المدنية . وهذا الفرق ينعدم إذا قصرنا الارتفاقات الإدارية على تلك التى تصل بين العقارات العامة والأملاك العقارية الخاصة » (محمد زهير جرانة ص ٢١٨) .

(٢) هوريو الطبعة العاشرة ص ٦٣٤ هامش ١ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ١٢٠ ص ١٣١ .

٦٠ – الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام فى فرنسا : رأينا أن پرودون ، عندما وضع كتابه المعروف فى الدومين العام فى سنة ١٨٣٢ ، ميز فيه ما بين الدومين العام وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو فى جوهره دومين حماية ولا يعتبر مملوكا لأحد وإنما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهى وكيلة عن الجمهور فى حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص أو دومين الملكية وهو مملوك للدولة ملكية خاصة[1] .

وكان پرودون أستاذاً للقانون المدنى . ولكن تبعه فى نظريته فى الدومين العام أقطاب من فقهاء القانون العام كان ديكروك من أوائلهم . وقد حلل ديكروك الملكية إلى عناصرها الثلاثة ، حق الاستعمال (usus) وحق الاستغلال (fructus) وحق التصرف (abusus) . وذكر أن هذه العناصر الثلاثة منعدمة فيما للدولة من حق على الأشياء العامة ، فحق الاستعمال فى الشىء العام ليس للدولة بل لجميع الناس ، وليس للدولة أن تستغل الشىء العام ، ولا أن تتصرف فيه . ومتى انعدمت هذه العناصر الثلاثة لم يجز القول بأن للدولة حق ملكية فى الشىء العام . وغاية ما يثبت لها هى ولاية الإشراف والحفظ والصيانة . وهذه الولاية هى مظهر من مظاهر سلطان الدولة وسيادتها ، فالدولة تحوز الدومين العام باعتبارها صاحبة السلطان لا باعتبارها صاحبة الملكية . وأعقب ديكروك طائفة من أقطاب الفقه العام ، على رأسهم دجيه وچيز وبرتامى[2] .

فدجيه ، جريا على مذهبه ، ينكر على الدولة شخصيتها الاعتبارية ، كما ينكر عليها أنها مالكة للدومين العام ، بل ينكر عليها أنها مالكة لأى مال حتى الدومين الخاص .

كذلك ينكر چيز ملكية الدولة للشىء العام ؛ ويذهب إلى أن المنفعة العامة التى خصص لها الشىء العام تتعارض مع القول بملكية الدولة ، لأن الملكية

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

(٢) وممن يقولون بولاية الإشراف والحفظ والصيانة دون الملكية ، من فقهاء القانون المدنى ، أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٤ (انظر تعليق بارتان ص ٥٤ هامش ٣) – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٥٥ – پلانيول وريپير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٥٢ – وانظر فى هذا المعنى فقهاء آخرين فى القانون الإدارى : Récy فى الدومين فقرة ١٩٩ – Moreau فى القانون الإدارى ص ٥٦٧ – Sarrut فى تعليقه فى داللوز ٩٩ – ١ – ٢٥٧ .

تفترض أن يكون الانتفاع بالشيء مقصوراً على المالك ، لا شائعا بين جميع الناس كما هي الحال في الشيء العام[1]

ويرجع برتلمي إلى الملكية عند الرومان . وإلى العناصر الثلاثة التي تتكون منها من استعمال واستغلال وتصرف . ويرى ، كما رأى ديكروك ، أن هذه العناصر الثلاثة جميعا منعدمة في حق الدولة على الشيء العام ، فالدولة لا تستعمل الشيء العام بل جميع الناس هم الذين يستعملونه ، كذلك لا تستغل الدولة الشيء العام إلا في حالات استثنائية بحتة ، ولا تملك التصرف في الشيء العام . فحق الدولة إذن ليس بحق ملكية ، مادامت عناصر الملكية معدومة[2] .

٦١ — الرأي الذي يثبت ملكية الدولة للشيء العام في فرنسا : كما كان پرودن هو الفقيه الذي حمل لواء نفي ملكية الدولة للشيء العام وجعل حقها مجرد ولاية في الإشراف والحفظ والصيانة وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء على ما قدمنا ، كذلك كان هوريو الفقيه الذي حمل لواء الرأي المعارض وأثبت للدولة حق ملكية في الشيء العام وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء[3] . وقد تأثر القائلون بملكية الدولة للشيء العام باعتبارات اقتصادية واجتماعية ، فقد تدخلت الدولة في كثير من المرافق تبعا لانتشار النزعات الاشتراكية ، واقتضى ذلك أن تبحث عن موارد للنهوض بمرافقها المتنوعة . فلم تعد تقنع

---

(١) مقال چيز في مجلة القانون العام سنة ١٩١٠ ص ٦٩٧ وسنة ١٩١٥ ص ٤٦٨ .

(٢) برتلمي في القانون الإداري طبعة ١١ باريس سنة ١٩٢٦ ص ٤٨١ .

(٣) انظر تعليقات هوريو على أحكام مجلس الدولة في ٢٥ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ٣ — ٦٥ ، وفي ١٦ يوليه سنة ١٩٠٩ مجموعة القضاء الإداري ٣ ص ٢١١ ، وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٣ مجموعة القضاء الإداري ٣ ص ٢٨١ ، وانظر موجزه في القانون الإداري ص ٦٣٠ وما بعدها — Bernard في حق ملكية الدولة لأموال الدومين العام رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — ريجو في نظرية الحقوق العينية الإدارية سنة ١٩١٤ — تعليقات Mestre على حكم محكمة استئناف تولوز في ٢٦ نوفبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩١٠ — ٢ — ٢٠٩ ، وعلى حكم محكمة النقض الفرنسية في ٨ نوفبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٥٢١ — ڤالين في مبادلات الأموال العامة رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ ص ٩٣ — Rolland في الموجز في القانون الإداري سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٨ — Boncard في الموجز في القانون الإداري سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٩ — رسالة دي لوبادير ص ١٩٨ — رسالة چانس فقرة ٣٠٧ — ١٩٠ — تعليق Alibert على حكمي مجلس الدولة في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وفي ١٩ يوليه سنة ١٩٢٩ في سيريه ١٩٣٠ — ٣ — ١ — وانظر من فقهاء القانون المدني بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١٢٠ .

بالوقوف من الأشياء العامة موقفاً سلبيا . بل نشطت فى استعمال حقها فى هذه الأشياء نشاطا لا يصدر إلا عن مالك . ومن ثم بدأ حقها يتطور بالتدريج كما قدمنا من ولاية إشراف وحفظ وصيانة إلى حق ملكية (١)

ويذهب القائلون بأن حق الأشخاص الإدارية فى الأشياء العامة هو حق ملكية إلى أن هذا الحق لا يفترق عن الملكية العادية التى يعرفها القانون المدنى . والقول بأن عناصر الملكية هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ليس بتحليل لحق الملكية ، بل هو مجرد استقراء للمنافع التى يجنيها المالك من ملكه . فإذا قلت هذه المنافع . فإن ذلك لا يستتبع سقوط حق الملكية ، وكثيراً ما يتقيد المالك بعدم التصرف فى ملكه . بل كثيراً ما يرتب حق الانتفاع على ملكه فلا يكون له لا حق الاستعمال ولا حق الاستغلال ومع ذلك يبقى حق الملكية قائما بالرغم من انعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف . فالاستدلال على نفى ملكية الدولة للشىء العام بانعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف لا يستقيم إذن ، والحجة فيه ليست حجة حاسمة . والصحيح أن الدولة تتمتع ، بالنسبة إلى الشىء العام ، بما يتمتع به المالك فى ملكه . فللدولة أن تتملك الثمار والحاصلات الناتجة من الشىء العام وبما هو مدفون فى باطنه من ركاز وكنوز ، ولها حق التعويض على من يتعدى على الشىء العام ، ولها أن ترفع دعوى الاستحقاق لتسترد ما يغتصبه الأفراد من الأشياء العامة ، وأن تحتمى بدعاوى الحيازة ، شأنها فى ذلك شأن المالك تماما . بل إن ملكية الدولة للشىء العام أقوى من ملكية الفرد للشىء الخاص ؛ فالدولة لا تكتفى بما يقدمه لها القانون الخاص من وسائل لحماية ملكيتها ؛ بل هى إلى جانب ذلك تستعين بسلطانها وسيادتها فتنزع ملكية الأفراد جبرا عنهم لاستكمال ما ينقص الشىء العام ، وتعمد إلى أساليب القانون الإدارى من اعتماد خطوط التنظيم وقسر الأفراد على مراعاة حدودها ، وتفرض عقوبات جنائية على من يعتدى على الشىء العام .

على أنه لما كان الشىء العام مخصصا للمنفعة العامة ، فإن هذا التخصيص من شأنه أن يحور من حق الملكية الذى للدولة على الشىء العام . ومن أهم مظاهر هذا التحوير ما يقتضيه التخصيص للمنفعة العامة من عدم جواز

---

(١) هوريو ص ٦٣٦ — جانس ص ٣٧ وما بعدها — دى لوبادير ص ١٠٧ وما بعدها — محمد زهير جرانه ص ٧٩ — ص ٨٠ .

التصرف فى الشىء العام ، ومن عدم قابليته للحجز ، ومن عدم جواز تملكه بالتقادم .

وينتهى أصحاب هذا الرأى إلى القول بأن « حق الأشخاص الإدارية على مالها العام إن هو إلا حق ملكية ، على أنه لما كانت هذه الملكية تبدو هنا وثيقة الصلة باعتبارات المنفعة العامة وأدخل لذلك فى مجال القانون العام ، وشديدة التأثر بأحكامه ، فإنهم ينعتونها بالملكية الإدارية تمييزاً لها عن الملكية العادية ، وإظهاراً للخصائص التى تفرق بين نطاق كل منهما »[1] .

٦٢ — الانقسام فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بين الرأيين : وقد تأثر الفقه والقضاء فى مصر بهذا الانقسام الذى شهدناه فى فرنسا بين الرأيين ، فوقع هذا الانقسام أيضاً فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق . ولكن الرأى الذى كان متغلبا ، فى عهد هذا التقنين ، هو الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام ، ويقتصر على أن يثبت لها ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ولكن وجد مع ذلك من يقول بالرأى المعارض ، ويثبت للدولة حق ملكية فى الشىء العام . فنستعرض هنا كلا من الرأيين ، كما استعرضناهما فى فرنسا .

٦٣ — الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام فى مصر : كان الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق هو ، كما قدمنا ، الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام ، ويكيف حق الدولة بأنه ولاية إشراف وحفظ وصيانة دون أن يكون حق ملكية .

فمن الفقهاء الذين ذهبوا إلى هذا الرأى الأستاذ أحمد فتحى زغلول ، فهو يقول إن الحكومة تضع يدها على الشىء العام بصفتها حارسة لا بصفتها مالكة[2] . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « الأموال العامة هى الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وهى فى يد الحكومة بصفتها حارسة عليها ، لا بصفتها

---

(١) محمد زهير جرانة ص ٩١ . وانظر هوريو فى موجز القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٣٨ وما بعدها – رسالة ريجو فى الحقوق العينية الإدارية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) أحمد فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٤٩ .

مالكة لها ، أما ملكيتها فللأمة »[1] . وبهذا الرأى أخذ أيضاً أكثر فقهاء القانون الإدارى فى مصر ، ومنهم الأستاذ Lamba [2] والأستاذ مصطفى الصادق[3] والأستاذ محمد عبد الله العربى[4] .

وتأثر القضاء بالفقه ، فقضى فى كثير من أحكامه بأن حق الدولة فى الشىء العام ليس بحق ملكية بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة . وقررت محكمة المنصورة الكلية أن « طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد ، إذ أن حق الملكية ، الذى يتكون من ثلاثة عناصر هى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، لا تتوافر عناصره هذه فى حق ملكية الحكومة للمنافع العامة . فأما حق الاستعمال فلا تملكه الدولة بل يملكه عموم الناس حتى الأجانب ، وحق الاستغلال غير موجود لأن هذه الأموال فى الغالب لا تنتج ثماراً ، وحق التصرف ليس له محل لأن الاستعمال العام الذى تخضع له هذه الأموال يجعلها غير قابلة لأن تنقل إلى أياد أخرى ، حتى لقد ذهب بعض الشراح إلى مدى أبعد من هذا فقالوا بأن الدولة ليس لها على الأملاك العامة ملكية حقيقية ، بل لها عليها فرع من الولاية أو الإشراف وواجب الحفظ والمراقبة والإدارة »[5] . وأكثر القضاء المختلط ينحو هذا النحو أيضاً . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة منذ البداية بأن أموال الدولة العامة لا يجوز وضعها تحت الحراسة ، لأنها أموال لا تستند إلى حق الملكية كأموال الدولة الخاصة ، ولكنها تستند إلى سلطان الدولة إذ هى مخصصة لسد حاجات الدولة والمنفعة العامة[6] . وقضت أيضاً بأن ليس لأحد ، ولا

---

(١) محمد كامل مرسى فى الملكية والحقوق العينية طبعة ثالثة سنة ١٩٢٣ الجزء الأول فقرة ١٠١ ص ١٠٣ — وانظر أيضاً مقاله فى الأموال الخاصة والعامة فى القانون المصرى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٦٧٥ فقرة ٢ .

(٢) لامبا فى القانون الإدارى المصرى ص ٤٥٣ وص ٤٥٦ .

(٣) مصطفى الصادق فى مبادئ القانون الإدارى المصرى والمقارن ص ٢٠٨ .

(٤) محمد عبد الله العربى فى مبادئ علم المالية والتشريع المالى ٢ سنة ١٩٣٨ ص ١٩ ، ومذكراته فى القانون الإدارى سنة ١٩٣٦ — سنة ١٩٣٧ فى تقسيم أموال الأشخاص الإدارية إلى أموال عامة وأموال خاصة .

(٥) المنصورة الكلية الوطنية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ٢٠ رقم ٤٦ ص ١٠٦ — وانظر أيضاً أسيوط الجزئية ٨ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٨٩ ص ٧٥٤ .

(٦) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٢٥ .

للدولة . على الدومين العام حق الملكية الذى عرفه المادة ٢٧ مدنى ، وليس للدولة على هذا الدومين سوى ضرب من الحيازة تباشره باسم الناس جميعا ولمصلحتهم[١] . وقضت كذلك بأن ليس للدولة أن تنتفع بمالها العام حتى فى حالة حيازة الغير له حيازة غير مشروعة . فلا يجوز أن تطالب فى دعوى استحقاق جزء من المال العام بتعويض عن حيازته غير المشروعة[٢] .

٦٤ — الرأى الذى يثبت ملكية الدولة للشىء العام فى مصر : على أنه بالرغم من أن الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام كان هو الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق . إلا أن فريقا من الفقهاء وبعض المحاكم أخذت بالرأى المضاد ، وذهبت إلى إثبات حق الملكية للدولة فى الشىء العام .

فالأستاذ وحيد رأفت يقول فى مؤلفه فى القانون الإدارى : « إن حق الدولة على الدومين العام أكبر من أن يكون مجرد إشراف ورقابة .. إنه قد آن لمحاكمنا أن تعدل عن هذه النظرية العتيقة ، وتأخذ بفكرة حق الملكية المقيد بقيام التخصيص . قد لا يكون لهذا التحول كبير أثر من الوجهة العملية ، ولكن له أهميته من الناحية الفقهية . ثم أليس فى تسمية الدومين العام فى النص العربى للمادة ٩ مدنى أهلى باسم (الأملاك الأميرية) ما يفيد أن الدومين العام مملوك للحكومة كالدومين الخاص »[٣] . ولكن الفقيه الذى برز فى هذا الميدان ، وخصص بحثا قيما فى « حق الدولة والأفراد على الأموال العامة » ، ألقاه دروسا فى قسم الدكتوراه ثم نشره فى كتاب مستقل فى سنة ١٩٤٣ ، هو الأستاذ محمد زهير جرانه[٤] . فقد عالج المسألة فى استفاضة وتقصاها فى نواحيها المختلفة فى فرنسا وفى مصر ، وخلص إلى الجزم بأن حق الدولة والأشخاص

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ – ومع ذلك انظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ وقد أقرت مبدأ التعويض على عكس الحكم المتقدم ، ولكن المحكمة فى حكم ثالث لم تقل إن التعويض هو مقابل مافات الدولة من عدم الانتفاع ، بل إنه جزاء لابد منه لمنع اعتداءات الأفراد على الأموال العامة ، فهو أقرب إلى العقوبة الرادعة منه إلى التعويض الحقيقى (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩) .

(٣) وحيد رأفت فى القانون الإدارى جزء ٢ ص ٢٢٠ .

(٤) وهذا الكتاب هو الذى نشير إليه فى خلال هذا المبحث

لإدارية الأخرى فى الأشياء العامة إنما هو حق ملكية حقيقية ، لا مجرد ولاية إشراف وحفظ وصيانة . ويسوق لتأييد رأيه الحجج الآتية :(١) أن حق الملكية يقوم فى الواقع على ركنين ، حيازة الشيء ومكنة صاحبه من تعيين المنتفعين به . فإذا ما أراد الاحتفاظ بهذا النفع لشخصه كنا بصدد ملكية فردية . وإذا ما جعل هذا الانتفاع لغيره مع الاحتفاظ بحيازته للشيء لم تزل بذلك عنه ملكيته له وإن استحالت فى هذه الحالة إلى ملكية اجتماعية ، وهذا النوع من الملكية هو الذى للدولة على أموالها العامة[1]. (٢) يعتمد منكرو حق ملكية الدولة للشيء العام على عدم توافر العناصر المألوفة فى الملكية من استعمال المالك لماله واستثماره والتصرف فيه . وليست الملكية جامعا لازما لهذه العناصر الثلاثة . ومع ذلك فإنه عند التدقيق يتبين ، خلافا لما يقال ، أن الحكومة تملك فعلا هذه العناصر الثلاثة فى ملكيتها للشيء العام . ففيما يتعلق بحق التصرف تقول المادة ٩ مدنى أهلى إن « للحكومة دون غيرها التصرف فيها (أى فى الأموال العامة) ، بمقتضى قانون أو أمر » ، وهذا النص صريح فى أن المشرع لم يرد أن يسد المنافذ أمام الإدارة فى التصرف فى المال العام ، وإنما اشترط فى ذلك شكلا خاصا تتعين مراعاته ليصح حق التصرف. فللإدارة أن تتصرف فى المال العام بأن تنقله من حظيرة المنافع العامة إلى دائرة الأموال الخاصة ، هذا إلى ضروب أخرى من التصرف يختص بها القانون الإدارى . وفيما يتعلق بالاستثمار ليس ثمة تعارض بين الانتفاع بثمار المال العام وبين تخصيصه للمنفعة العامة ، فجنى الثمار الطبيعية للأشجار القائمة على جوانب الطرق العامة مثلا لا يتنافى مع المنفعة العامة التى رصدت لها هذه الطرق ، وما يقال عن الثمار الطبيعية يقال عن الثمار المدنية ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات والتلفونات تأتى للدولة بربح وفير . بقى حق الاستعمال ، ولا يجوز القول بأن الشخص الإدارى لا يستعمل ماله العام ، وإذا كان تخصيص المال للمنفعة العامة يجعل استعماله مباحا للكافة فإن هذا لا يحرم الشخص الإدارى استعماله هو الآخر لهذا المال ، بل هناك من الأموال العامة ما لا يقل نصيب الشخص الإدارى فى استعمالها عن نصيب سائر الأشخاص كدور الوزارات والمصالح العامة .(٣) ولا يصح القول بأن عدم جواز التصرف فى الشيء العام

(١) يشير الأستاذ جرانة فى ذلك إلى رسالة دى لوبادير ص ٢١٦ وما بعدها .

وعدم جواز الحجز عليه وعدم جواز تملكه بالتقادم من شأنه أن يسقط عن المال العام صفة المملوكية ، فمرتبات الموظفين مثلا لا يجوز التنازل عنها ولا الحجز عليها . وكذلك الملكية الزراعية الصغيرة لا يجوز الحجز عليها ، ولم يقل أحد إن المرتبات غير مملوكة للموظفين أو إن الأطيان الزراعية غير مملوكة لأصحابها . (٤) ليس هناك ما يدل على أن المشرع المصرى أراد أن ينفى صفة المملوكية عن الأموال العامة ، بل إن نعته الأموال العامة بعبارة «الأملاك الميرية المخصصة للمنفعة العمومية» أو «أملاك الحكومة العامة» أو «الأملاك العمومية» ليدل على أنه لا يرى نزع هذه الصفة عن الأموال العامة . (٥) التسليم بأن الدولة إذا أحالت المال العام مالا خاصا تملكته معناه أن توافر الملك أو انتفاءه رهن بمشيئتها ، فإذا لوحظ أن أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة تضمها جميعا حظيرة مشتركة ، تبين أن هذه القدرة التى للشخص الإدارى على جعل ماله مالا عاما أو خاصا لا يفسرها إلا أنه مالك للمال فى الحالتين[١].

وهناك أحكام أصدرها القضاء المصرى تثبت للدولة حق الملكية فى الشىء العام . فقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر : «وحيث إنه فيما يختص بالملكية فإن الحكومة تملك تلك الطرق العامة ملكا صحيحا لأنها تمثل المصلحة العامة التى وجدت هذه الطرق لخدمتها ، ولأن الحكومة تملك المنفعة أيضاً لأن لها حق تأجير ما تريده من أفاريز الشارع . أما العنصر الثالث وهو التصرف فى الملكية فقد نص فى القانون على أن الحكومة لها أن تخرج أى طريق خصص للمنفعة العامة من هذه المنفعة إلى الملك الخاص»[٢]. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تجريد المال العام من صفته العامة إنما هو استعمال من الدولة لحق ملكيتها فى الشىء العام إذ هى تتصرف فيه ، وليس لهذا التجريد من أثر قانونى إلا نقل المال العام إلى مال خاص للدولة ، فتستبقى الدولة بذلك ملكيتها له[٣] . وقضت أيضاً بملكية الحكومة للأراضى المكونة لساحل البحر[٤] ، وأكدت هذا المعنى

---

(١) يشير الأستاذ جرانة فى هذا الصدد إلى هوريو فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٥ بالهامش ، وإلى جانس فقرة ٢٦٥ ص ١٦٣ .

(٢) استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٥٧٢ استئناف سنة ٥٥ قضائية — ومشار إليه فى محمد زهير جرانة ص ١١٨ هامش ١ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ .

(٤) استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٨ .

فى حكم آخر[١] . وقضت بجواز أن ترفع الإدارة دعوى بتثبيت ملكيتها لعقار مخصص للمنفعة العامة[٢] .

٦٥ — بعد صدور التقنين المدنى الجديد — للدولة حق الملكية فى الشىء العام : لا شك فى أن مشروع التقنين المدنى الجديد كان صريحا فى أن للشخص المعنوى العام حق الملكية فى الشىء العام ، فقد رأينا أن مشروع المادة ٨٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : «تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة . . »[٣] . فكان هذا النص يحمل دليلين على مملوكية الشىء العام للدولة :(١) دليلا صريحا هو عبارة « المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة » التى وصفت بها الأموال العامة . (٢) دليلا آخر يستخلص من تعدد الدومين العام ، فادام الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كما جاء صراحة فى النص ، فمعنى ذلك أن الدومين العام مملوك للشخص الإدارى الذى يتبعه ، إذ لو لم يكن مملوكا له لما تعدد الدومين العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام يتبعه خاصة ، ولوجب إرجاع كل الدومين العام إلى إشراف الدولة وحدها دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى ببيان أوفى[٤] . ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة ، لم تتنبه إلا إلى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة « المملوكة » « تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال »[٥]. واستقر النص أخيراً فى التقنين المدنى الجديد على الوجه الآتى : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية الأخرى ... » . ونرى من ذلك أن لجنة المراجعة قصدت ألا تقطع برأى فى مملوكية الشىء العام للشخص الإدارى . وآثرت أن تترك ذلك للفقه والقضاء .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٧٢ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .

وبعد صدور التقنين المدنى الجديد لم يتناول المسألة إلا عدد قليل من الفقهاء . فالأستاذ محمد كامل مرسى ، وكان رأيه فى عهد التقنين المدنى السابق هو كما رأينا أن الأشياء العامة « هى فى يد الحكومة بصفتها حارسة عليها لا بصفتها مالكة لها ، أما ملكيتها فللأمة »[1] ، نراه فى عهد التقنين المدنى الجديد يميل إلى الأخذ بالرأى الآخر . فهو بعد أن يستعرض الرأيين فى فرنسا ينتهى إلى تأييد الرأى القائل بأن حق الدولة هو حق ملكية ، إذ يقول : « وهناك أمثلة كثيرة فى القانون يؤخذ منها أن حق الدولة حق ملكية : (ا) فالمحاكم تقرر لمصلحة الدولة (أو الأشخاص الاعتبارية العامة) وجود دعوى استحقاق حقيقية . (ب) للدولة الحق فى رفع دعاوى الحيازة لمنع التعدى الذى يحصل على متعلقات الملك العام . (ج) للدولة حق منح امتيازات فى الأملاك العامة ، كإجارة الشواطىء لوضع أكواخ خشبية للاستحمام . (د) الحاصلات الطبيعية التى تنمو فى الطرق والأشجار ملك خاص للدولة الخ . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن ليس للحكومة أن تنتفع من ملكها العام ، حتى فى حالة وضع اليد غير المرخص به ، بأن تطالب فى دعوى الاستحقاق المرفوعة فى شأن جزء من الملك العام بتعويض مقابل الحيازة غير المرخص بها . ولكن يظهر أنها عدلت عن ذلك ، إذ قضت بأن للحكومة طلب تعويض مقابل حيازة العقار ، فلمصلحة السكك الحديدية الحق فى طلب تعويض ممن يزرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية »[2]. ويلاحظ أن الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحجج التى استند إليها فى القول بحق ملكية الدولة لم يورد حجة ترجع إلى التقنين المدنى الجديد ، بل إن كل الحجج التى أوردها كانت حججا سائغة فى عهد التقنين المدنى السابق ، فهو إذن ، بعد أن ترك التقنين المدنى الجديد الباب مفتوحا فيما رأينا للقول برأى أو بآخر ، أعاد النظر فى رأيه الأول وانتهى إلى تأييد الرأى القائل بملكية الدولة للشىء العام على النحو الذى رأيناه.
أما الأستاذ سليمان مرقس فيرجح ملكية الدولة للشىء العام ، ويستند فى ذلك إلى حجة يستمدها من التقنين المدنى الجديد إذ سمى هذا التقنين الشىء العام بالمال العام ، ناظراً فى ذلك إلى ما ترتب للدولة من حق ملكية فى الشىء العام

(١) انظر آنفا فقرة ٦٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ١ طبعة ثانية فقرة ١١٤ ص ١٣٢ – ص ١٣٤ .

فجازت تسميته مالا . وهو يقول فى هذا الصدد : « وقد ثار الجدل فى طبيعة حق الأشخاص المعنوية العامة على الأشياء المخصصة للمنفعة العامة . أهو حق ملكية بمعنى الكلمة أم هو فقط ولاية إشراف وحفظ وصيانة ؟ والراجح فى هذا الشأن أن الأشخاص المعنوية العامة تملك الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ملكية مقيدة بتخصيصها للمنفعة العامة . كما يستفاد ذلك من عبارة المادة ٨٧ مدنى جديد ، ولذلك جازت تسمية هذه الأشياء أموالا عامة باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة[١] » . فإذا أضفنا إلى هذين الفقيهين من كان يقول بملكية الدولة فى عهد التقنين المدنى السابق — الأستاذ وحيد رأفت والأستاذ محمد زهير جرانة — خلص لنا أن فكرة ملكية الدولة قد أخذت مكانها فى الفقه المصرى وبدأت تستقر فيه .

غير أن فقيها مصريا — الأستاذ محمد على عرفة — وهو ممن كتبوا فى عهد التقنين المدنى الجديد ، لم يأخذ بهذه الفكرة . بل أخذ بالفكرة الأخرى وهى قصر حق الدولة على ولاية الإشراف والحفظ والصيانة . ويقول[٢] فى تأييد فكرته إن عناصر الملكية كما وردت فى المادة ٨٠٢ مدنى هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فأيما حق ليس من طبيعته أن يستجمع هذه العناصر الثلاثة فإنه لا يعد من قبيل الملكية . وإسقاط عناصر الملكية الثلاثة فى مجال الأموال العامة هو الأصل الثابت لها بحكم تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الأصل يتعارض مع جوهر حق الملكية وما ينبغى أن يتوافر له من مقومات . فالتخصيص للمنفعة العامة هو فى ذاته الذى يتعارض مع جوهر الملكية . ومن ثم يؤدى إلى إنكار ملكية الدولة للأموال العامة[٣] . والقول بأن الدولة حارسة

---

(١) سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية طبعة ثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ٢٩١ ص ٤٥٢ — ص ٤٥٣ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ١٢٣ .

(٣) ويقول الأستاذ محمد على عرفة : « وأبلغ من ذلك فى الدلالة على تأييد المشرع لوجهة نظرنا أن المادة ١١٩ من المشروع التمهيدى كانت تنص على أن تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، فلما تليت المادة فى لجنة المراجعة حذفت كلمة (المملوكة) منها تجنبا للأخذ برأى قاطع فى حل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال . فلو أن المشرع أراد أن يقطع بملكية الدولة لهذه الأموال ، وهو الرأى الذى اتجه اليه الفقه الإدارى الحديث ، لما أقدم على حذف هذه الكلمة ، وفى حذفه إياها دليل على عدم اقتناعه بوجاهة هذا الرأى » (محمد على عرفة فقرة ١٢٣ ص ١٥١) .

على الأموال العامة لا مالكة لها لا يحول دون امتداد الحماية التى أسبغت على الأموال العامة إلى الأموال التى تخصصها الأشخاص الاعتبارية العامة للنفع العام ، كما أنه لا يمنع من تملك الدولة لثمار تلك الأموال وحاصلاتها[١] ، ولا ينفى أخيراً عن الدولة حقها فى الدفاع عن الأموال العامة بدعاوى وضع اليد أو بغيرها من الدعاوى[٢] .

---

(١) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا الصدد : « والحق أن تملك الدولة لثمار حاصلات الأموال العامة ليس محل خلاف ، ولكننا لا نرى فيه أثراً من آثار ملكية الدولة للأموال العامة ذاتها ، بل إن إنكار مملوكية المال العام لا يستتبع حتما إنكار مملوكية الدولة لثماره وحاصلاته . فإنما دعا إلى نفى الملك عن المال العام تخصيصه للمنفعة العامة . وهذه صفة لا تتوافر فيما قد ينتجه من ثمار وحاصلات . أما السبب فى تملك الدولة بالذات لهذه الثمار الحاصلات فهو كونها صاحبة الولاية العامة على الأموال العامة ، وتأسيساً على ذلك تكون هى وحدها صاحبة الحق فى تحصيل ثمار وحاصلات هذه الأموال » محمد على عرفة فقرة ١٢٥ ص ١٥٤) .

والقول بأن تملك الدولة للثمار مؤسس على عدم تخصيصها للمنفعة العامة ، وعلى أن الدولة هى صاحبة الولاية على الأموال العامة ، غير مجد . فعدم تخصيص الثمار للمنفعة العامة لا يفيد إلا أنها تقبل التملك الخاص ، ولكن من يتملكها ؟ ليس هو صاحب الولاية العامة ، بل هو مالك الأصل الذى أنتج الثمار ، فإذا تملكتها الدولة كانت هى مالكة الأصل أى مالكة للمال العام نفسه .

(٢) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا الصدد : « وليس من العسير تبرير حق التجاء الدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية إلى دعاوى وضع اليد ، فإن الالتجاء إلى هذه الدعاوى غير قاصر ، كما نعلم ، على الملاك ، بل إن الغاية منها هى حماية الحيازة لذاتها ، وحيازة الأموال العامة ثابتة للدولة . أما الالتجاء لدعاوى الاستحقاق فى سبيل حماية الأموال العامة ، فهو الذى يعتمد عليه أنصار المملوكية لتدعيم وجهة نظرهم . والواقع أن الدعاوى التى ترفعها الجهة الإدارية على مغتصب المال العام ليست من قبيل دعاوى الاستحقاق المألوفة فى نطاق القانون الخاص . فدعوى الاستحقاق المدنية ترتكز على إثبات الملكية لرافعها ، أما الدعاوى التى ترفعها الجهة الإدارية على مغتصب المال العام فترتكز على إثبات التخصيص للمنفعة العامة وما يستتبعه من عدم جواز اكتساب ملكية هذا المال بالتقادم . وآية ذلك أنه فى وسع المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق المدنية أن يحبط سعى رافعها إلى استرداد المال المغتصب بالاحتجاج بتملك هذا المال بالتقادم ، وهو دفاع غير مقبول من مغتصب المال العام » (محمد على عرفة فقرة ١٢٦ ص ١٥٥) .

وظاهر أن هذا القول لا يكفى لتفنيد حق ملكية الدولة ، إذ الدولة لا تحوز الأموال العامة إلا لأنها مالكة لها . ولو كانت حيازة الدولة فرعا عن سيادتها لا عن ملكيتها ، لكانت الحيازة حيازة سيادة لا حيازة ملكية ، وحيازة السيادة ليست فى حاجة إلى دعاوى وضع اليد ولم توجد هذه الدعاوى لهذا الضرب من الحيازة . ثم إن الدولة إذا رفعت دعوى الاستحقاق فإنما ترفعها باعتبارها مالكة ، ولا جدوى من القول بأنها ترفع دعوى الاستحقاق لأن المال لا يقبل التملك بالتقادم . فالدولة تستطيع أن ترفع دعوى الاستحقاق حتى قبل اكتمال مدة التقادم ، حيث لا تثار مسألة التقادم أصلا . وكل ما لعدم قابلية المال العام للتملك بالتقادم من أثر ، هو أن الدولة تستطيع رفع دعوى الاستحقاق قبل اكتمال مدة التقادم وبعد اكتمالها ، وهى فى الحالتين إنما ترفع دعوى الاستحقاق ، مستندة إلى ملكيتها لا إلى سيادتها .

وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد ترك الباب مفتوحا أمام الفقه والقضاء للأخذ بأحد الرأيين . ولكن نص المادة ٨٧ مدنى يحمل مع ذلك أثر المشروع التمهيدى وما كان يذهب اليه هذا المشروع من حق الملكية للدولة ، وذلك فى ناحيتين :(١) ما أشار إليه الأستاذ سليمان مرقس فيما قدمناه من تسمية النص للأشياء العامة « بالأموال العامة » باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة[1] . (٢) إيراد النص الدومين العام متعدداً ، إذ يقول : « العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة » ، وما تحمله هذا التعدد من دلالة ملكية كل شخص إدارى للدومين العام الذى يتبعه[2] .

وإذا قلنا إن هذا لا يكفى للتدليل على ملكية الدولة للشىء العام أمام ما ظهر بوضوح فى لجنة المراجعة . بعد حذف لفظ « المملوكة » ، من أن المقصود بهذا الحذف تجنب « الأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » . فإن كل ما يفهم من حذف لفظ « المملوكة » هو تجنب المشرع لأن يكون الأخذ بأحد الرأيين أمراً يحتمه التشريع ذاته . وهذا لا يمنع من القول بملكية الدولة للأشياء العامة . فى ظل التقنين المدنى الجديد ، لا استنادا إلى نص التشريع ، ولكن أخذاً بالاعتبارات القانونية السليمة . وفى نظرنا أن هذه الاعتبارات تقضى بأن الأصل أن يكون لكل شىء مالك ، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء التى لا تقبل بطبيعتها التملك كالهواء والبحر ، وهذه الأشياء لا شأن لنا بها هنا . أما الأشياء التى تقبل التملك بطبيعتها ، فهى ما لم تكن أشياء متروكة أو منقولا لا مالك له ، وهذا وتلك غير الشىء العام ، لابد لها من مالك . صحيح أن الوقف لا مالك له . ولكن الوقف نظام إسلامى خاص تنسب فيه ملكية المال الموقوف إلى الله تعالى : وبديهى أنه لا يصح قياس المال العام على المال الموقوف . وحتى العقار المباح ، تنسب ملكيته فى النهاية إلى الدولة . بقى بعد كل ذلك الشىء العام ، وهذا أيضاً لا بد له من مالك . فإن قيل إن « الأمة » هى المالكة للشىء العام . كما قيل ذلك فعلا : « فالأمة » قد تكون تعبيراً اجتماعيا أو تعبيراً سياسيا ، ولكنها ليست بتعبير قانونى . والذى يمثل الأمة فى القانون هو الدولة . لا مناص إذن . إذا أريد

(١) انظر آنفا نفس الفقرة .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

القول بأن الشيء العام مملوك للأمة . من القول بأنه مملوك للدولة . ومن ثم تكون الدولة . وهي المهيمنة على المصالح العامة للأمة ، وهي التي تتمثل فيها الأمة من الناحية القانونية ، هي المالكة للأشياء العامة . ولا ضير من القول بذلك، مادمنا نقول إن ملكية الدولة للشيء العام هي ملكية مقيدة بتخصيص هذا الشيء للمنفعة العامة ، فيرد على هذه الملكية من القيود ما يقتضيه هذا التخصيص . فإذا زال تخصيص الشيء للمنفعة العامة . عاد الشيء مملوكاً للدولة ملكية خاصة ، وزالت القيود التي كان التخصيص يقتضيها . وهذا التكييف في نظرنا هو الذي يستقيم في تحليل طبيعة حق الدولة على الشيء العام ، وهو وحده الذي يمليه المنطق القانوني السليم .

§ ٤ – الأحكام التي تخضع لها الأشياء العامة

٦٦ – الأشخاص العامة تخضع للأحكام التي تتفق مع طبيعة حق الأشخاص الإدارية فيها : قدمنا أن حق الشخص الإداري في الشيء العام هو حق ملكية ، ولكنه حق مقيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمي بحق ملكية إدارية . فالأحكام التي تخضع لها الأشياء العامة هي التي يقتضيها حق الملكية الإدارية هذا[1] ، ومن هذه الأحكام ما يترتب على أن

---

(١) ويترتب على ذلك مبدئيا أن للدولة حق التصرف في الشيء العام بما تقتضيه المنفعة العامة ، ومع مراعاة حقوق الأفراد. وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للملاك من الحقوق المكتسبة إلا ما تقرره لهم القوانين ، فإن كان ملكهم واقعا على شوارع عامة ، فذى حقهم منحصر في تمكينهم من الوصول إليه بمطلق الحرية وفي تمتيعهم بما هو ضروري من النور والهواء . أما الجهة الحكومية القوامة على الشوارع العامة، فإن حقها في تعديلها وفي إلغائها هو حق أصيل ثابت لها ، تأخذ به كلما أرادت ، على شرط واحد هو أن تمكن أولئك الملاك من حقهم المنحصر فيما تقدم وهو الوصول إلى ملكهم بمطلق الحرية وتمتيعهم بما هو ضروري من النور والهواء . فإذا كان الثابت بالحكم أن ملك الطاعنة – الذي كان محوطا بثلاثة شوارع نافذة – باق على أصل وضعه وما يحيط به من الشوارع ، وكل ما في الأمر أن المجلس البلدي أتى للركن البحري الغربي من هذا الملك فسد الشارع الواقع غربيه بمحاذاة الحد البحري له ، فهذا الذي أثبته الحكم في الموضوع – مما لا رقابة فيه لمحكمة النقض – لا يمكن تكييفه إلا بأن المجلس البلدي أخذ بحقه الذي لا شبهة فيه ، ولم يكن لصاحب الملك أي حق قانوني يتعارض مع حقه هذا الذي أخذ به . ومتى كان الأمر كذلك ، فحكم القانون هو عدم إجابة صاحب الملك إلى ما يطلبه من التعويض بدعوى أن تصرف المجلس قد ألحق به ضررا (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ – وانظر آنفا فقرة ٥١)

حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ، ومنها ما يترتب على أن حق الملكية هذا هو حق مقيد .

(أ) . حق الشخص الإدارى هو حق ملكية :

٦٧ — ما يترتب من الأحكام على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية : يترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ما يأتى : (١) يكون للشخص الإدارى الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيته ، وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته .(٢) ويكون للشخص الإدارى باعتباره مالكا ، أن يتملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشيء العام .(٣) ويكون له أيضاً ، باعتباره مالكا ، تملك الطمى وتملك الركاز المدفون . (٤) ويكون له أخيراً حق التعويض .(٥) ومادام كل شخص إدارى يملك الشيء العام الذى يتبعه ، فإن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التى تتبعها الأشياء العامة .

فهذه نتائج خمس تترتب على أن حق الشخص الإدارى هو حق ملكية ، نبحثها على التعاقب .

٦٨ — دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة : جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يكون الشخص الإدارى ، حماية لحق ملكيته فى الشيء العام وحماية لحيازته إياه ، دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ، شأن الشخص الإدارى العام فى ذلك شأن الأفراد . فالملكية الإدارية الثابتة للشخص الإدارى فى الشيء العام هى إذن كالملكية العادية (الملكية المدنية) تحميها دعوى الاستحقاق التى لا تعطى إلا للمالك ، وتحمى حيازتها دعاوى الحيازة ، وفى هذا دليل قاطع على أن حق الشخص الإدارى فى الشيء العام إنما هو حق ملكية صحيحة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، غير مرة ، بأن للشخص الإدارى أن يرفع دعوى الاستحقاق على مغتصب الشيء العام ، يسترد بها الشيء المغتصب [١]. وقضت كذلك بأن للشخص الإدارى أن يرفع دعاوى الحيازة ،

---

(١) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣-١-٣٩- ٢ فبراير سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٣٠٢ - وانظر أيضاً تعليقات Hauriou فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٢٥٩ وما بعدها وبخاصة ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥.

يرد بها الاعتداء الواقع من الأفراد على حيازته للشيء العام[١] .

وفي مصر أثبتت محكمة الاستئناف المختلطة للدولة حق رفع دعوى الاستحقاق ، وإن أنكرت في بادئ الأمر أن يكون للدولة حق التعويض عن الحيازة غير المشروعة . فقضت بأنه لا يحق للدولة أن تطالب ، في دعوى الاستحقاق المرفوعة بشأن جزء من المال العام ، بتعويض عن حيازته غير المشروعة[٢] . ولكن ما لبثت المحكمة أن صححت هذا الخطأ ، وأقرت مبدأ التعويض كما سنرى عند الكلام في حق التعويض[٣] .

والشخص الإداري يجمع ، إلى دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة وهي وسائل القانون الخاص في حماية الملكية والحيازة ، وسائل القانون العام . فيحق له رفع الدعوى الجنائية على من يعتدى على المال العام ، وله أن يزيل آثار الاعتداء بالطرق الإدارية[٤] .

٦٩ — **تملك الثمار والحاصلات** : لا خلاف في أن الشخص الإداري يملك ثمار الملك العام الذي يتبعه كما يملك حاصلاته[٥] . وتملكه لثمار الشيء العام وحاصلاته إنما هو فرع عن تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذي يملك ما ينتج عن هذا الأصل من ثمار وحاصلات . وهذا هو التعليل الصحيح لتملك الثمار والحاصلات ، وغيره من التعليلات لا يجدى .

فقد قيل مثلا إن الثمار والحاصلات ليست مخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم

---

(١) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ – ١ – ٤١ – وانظر أيضاً رسالة Vleb من تولوز سنة ١٩٠٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

(٣) انظر ما يلي فقرة ٧١ – وانظر آنفا فقرة ٦٣ في آخرها .

(٤) محمد زهير جرانة ص ١٠٥.

(٥) هوريو في موجز القانون الإداري طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها – ريجد رسالة في الحقوق العينية الإدارية فقرة ٤ ص٢٣ وما بعدها – مجلس الدولة الفرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ – ٣ – ٧٣ – ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٠ – ٣ – ١٧ وتعليق هوريو عليهما .

تكون قابلة للتملك الخاص ، فيملكها الشخص الإدارى ملكية خاصة[1]. ولكن هذا التعليل لا يستقيم ، إذ مع التسليم بأن الثمار والحاصلات غير مخصصة للمنفعة العامة يبقى أن نعرف لماذا يتملكها الشخص الإدارى بالذات ، وبأى سند يتملكها . والثمار والحاصلات ليست شيئا مستقلا وإنما هى فرع عن أصل ، ولا يملكها إلا من يملك الأصل ، فإذا كان الشخص الإدارى هو الذى يملكها فلابد أن يكون مالكا للأصل ، أى مالكا للشيء العام ذاته .

وقيل أيضاً إن تملك الشخص الإدارى للثمار والحاصلات إنما هو مقابل التكاليف التى يتحملها فى سبيل حفظ الشيء العام وصيانته وإدارته[2] . وهذا القول لا سند له من القانون ، فليست هناك قاعدة تقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وصيانته وإدارته يتملك فى مقابل ذلك ثماره وحاصلاته . ولاتقوم هذه المقابلة إلا بموجب اتفاق أو نص تشريعى ، أما القواعد العامة فتقضى بأن من يقوم بحفظ الشيء وإدارته إذا استحق مقابلا أخذه ممن يكون ملزما به ، وتبقى الثمار والحاصلات ملكا لمن يملك الأصل .

وقيل أخيراً إن الشخص الإدارى إنما يتملك الثمار والحاصلات بموجب حيازته للشيء العام[3]. وهذا القول أيضاً يتعارض مع ما يقضى به القانون ، فالحائز إنما يتملك الثمار إذا وضع يده على ملك غيره وهو حسن النية ، فيملك ما يجنيه من الثمار إلى أن يصبح سيئ النية أو إلى أن يرفع المالك عليه الدعوى . ولا شيء من ذلك قائم فى الحالة التى نحن بصددها ، فالشخص الإدارى فى حيازته للشيء العام لا يحوز ملك غيره ، ولن يتقدم مستحق للشيء العام يطالب باستحقاقه إياه حتى يحتج الشخص الإدارى بحسن نيته لتملك الثمار التى قبضها . والصحيح أن الشخص الإدارى هو المالك للشيء العام ، وأنه باعتباره مالكا — لا حائزاً — يتملك لا الثمار فحسب ، بل أيضاً المنتجات التى لا تجدى الحيازة فى تملكها .

---

(١) ريبى فى الدومين العام ٢ ص ١٧٧ — برتلمى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٨٣— محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٠ .

(٢) برودون فى الدومين العام جزء أول ص ٢٧١ — برتلمى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٩١ .

(٣) چانس فقرة ٢٢٢ ص ١٦٩ .

٧٠ — تملك الطمى والركاز المدفون : وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على أن طمى النهر أو الترعة الذى يتصل بطريق عام ملاصق للنهر أو الترعة يكون مملوكا للشخص الإدارى الذى يتبعه هذا الطريق العام ، وذلك بموجب المادة ٥٥٦ مدنى فرنسى التى تقضى بأن يؤول الطمى للمالك المجاور. فالشخص الإدارى ، بحكم ملكيته للطريق العام، يملك طمى النهر (أوالترعة) الملاصق لهذا الطريق[١] .

كذلك يملك الشخص الإدارى الركاز المدفون فى الشىء العام المملوك له ، باعتبار أن الملكية تشمل الأرض وما فوقها وما تحتها . وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الفحم ، الذى يعثر عليه فى منطقة ميناء وهران الملتزمون بأشغال عامة فى المنطقة المذكورة ، يكون ملكا للدولة[٢] .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٢ مدنى مصرى على أن « الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . وتطبيقا لهذا الحكم يكون الشخص الإدارى فى مصر مالكا للكنز المدفون أو المخبوء فى ماله العام ، وذلك بموجب ملكيته للمال العام ، هذا إلا إذا استطاع أحد أن يثبت ملكيته للكنز فيكون له[٣].

٧١ — حق التعويض : وإذا اعتدى أحد على المال العام، كان للشخص الإدارى الذى يملكه مطالبة المعتدى بالتعويض ، وذلك استنادا إلى ما للشخص الإدارى من حق الملكية . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة ، كما قدمنا[٤] ، تتردد فى الحكم بالتعويض . فقضت فى بادئ الأمر بأن الدولة لا يحق لها أن تطالب بتعويض عن الحيازة غير المشروعة[٥] . ثم ما لبثت أن قضت بتعويض

---

(١) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٣٢ سيريه ٣٣ - ١ - ٣٥ - ١٦ فبراير سنة ١٨٣٦ سيريه ٣٦ - ١ - ٤٠٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧ - ١ - ٤٠٥ - هوريو فى موجز القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها - رسالة ريجو فى الحقوق العينية الإدارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها - برتلمى فى القانون الإدارى طبعة ١١ ص ٤٨٣ - جانس فقرة ١٢٠ ص ٦٧.

(٢) مجلس الدولة الفرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥ - ٣ - ١٧ .

(٣) محمد زهير جرانة ص ٢١٣ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٨ وفقرة ٦٣ فى آخرها .

(٥) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

على من زرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية ، وهو عالم بحالته وبوجه الانتفاع الظاهر به[١] . ثم انتهت إلى إقرار مبدأ التعويض[٢] ، ولكن لا كمقابل لما فات الدولة من منافع أموالها العامة ، بل كجزاء لابد منه لمنع اعتداء الأفراد على المال العام[٣] . ثم أطلقت حق الحكومة فى أن تعوض عن حيازة الغير لمالها العام[٤] .

٧٢ — **تعدد الدومين العام** : لما كان الشخص الإدارى يملك ملكية صحيحة الشىء العام الذى يتبعه ، فإنه يترتب على ذلك أن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الإدارية التى تملك أشياء عامة . فكل شخص إداري يملك أشياء عامة يكون له دومين عام يشتمل على هذه الأشياء ، فإذا تعددت الأشخاص الإدارية التى تملك أشياء عامة ، كالدولة والأشخاص الإدارية الإقليمية والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كان لكل شخص إدارى منها دومين عام مستقل عن الدومين العام المملوك للشخص الآخر . ويترتب على تعدد الدومين العام (multiplicité du domaine public) أنه إذا أريد نقل الشىء العام من ذمة شخص إدارى إلى ذمة شخص إدارى آخر ، كتحويل مستشفى تابع لإحدى البلديات إلى الدولة أو تحويل مدرسة تابعة للدولة (وزارة التربية والتعليم) إلى إحدى البلديات ، وجب أولا أن يتم التراضى بين الشخصين الإداريين صاحبىَ الشأن ، ثم يكون للشخص الإدارى الذى تجرد من ماله الحق فى التعويض يتقاضاه من الشخص الإدارى الذى أضيف إليه هذا المال ، وهذا ما يسمى بمبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) .

وفى الرأى الذى يقول بأن الشخص الإدارى لا يملك المال العام ويقتصر حقه على ولاية إشراف وحفظ وصيانة، تترتب نتائج هى عكس النتائج التى قدمناها . ذلك أن مجموعة الأموال العامة ، سواء ما كان منها تابعا للدولة

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١.

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ .

(٣) استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩.

(٤) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ – وانظر فى كل ذلك محمد زهير جرانة ص ١٢١ – ص ١٢٢ .

أو ما كان تابعا لأشخاص إدارية أخرى ، تعتبر فى هذا الرأى الثانى وحدة شاملة تبسط عليها الدولة ولايتها ، ولا يكون للأشخاص الإدارية الأخرى حق ذاتى فى هذه الأموال ، ويقتصر الأمر بالنسبة إليها على مباشرتها اختصاصات معينة يقررها التشريع الإدارى . ومن ثم تكون مجموعة الأموال العامة خاضعة فى حراستها وصيانتها لولاية الدولة واختصاصات الأشخاص الإدارية الأخرى ، ولا يكون هناك تعدد للدومين العام ، بل يحل محل هذا التعدد وحدة الدومين العام (unité du domaine public) . فإذا أريد نقل شىء عام من تبعية الدولة إلى تبعية شخص إدارى آخر ، أو من تبعية شخص إدارى إلى تبعية الدولة أو إلى تبعية شخص إدارى آخر ، فإن هذا لا يقتضى التراضى بين الدولة والشخص الإدارى الآخر أو بين الشخصين الإداريين ، بل يكفى صدور أمر إدارى من الدولة لإجراء هذا النقل ، ولا محل لتعويض الشخص الإدارى أو تعويض الدولة عن الحرمان من الانتفاع بالمال العام .

وفى قضية فرنسية مشهورة عرض الأمر على كل من محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى ، فأخذت محكمة النقض بمبدأ وحدة الدومين العام ، فى حين أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ تعدد الدومين العام[1] .

أما فى مصر فالواجب القول بتعدد الدومين العام وبترتيب نتائج هذا التعدد على النحو الذى بسطناه ، وذلك بصريح نص المادة ٨٧ مدنى على ما بينا[2] ، واستنادا إلى أن للشخص الإدارى – الدولة أو غيرها من الأشخاص الإدارية الإقليمية أو المصلحية – فى الأموال العامة التابعة له حق ملكية لا شك فيه[3] .

---

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٩ – ١ – ٢٥٧ وتعليق Sarrut – مجلس الدولة الفرنسى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١١ – ٣ – ٧٥ تعليق هوريو على الحكم فى مجموعة القضاء الإدارى جزء ٣ ص ٢١١ وما بعدها – وانظر فى تفاصيل القضية محمد زهير جرانة ص ٩٦ – ص ١٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٥ .

(٣) انظر فى تعدد الدومين العام محمد زهير جرانة ص ١٩٩ – ص ٢١٢ .

(ب) — من الشخص الإدارى هو حق مقيد :

٧٣ — ما يترتب من الأحكام على أنه حق الملكية الإدارية هو حق مقيد : قدمنا أن حق الملكية الذى للشخص الإدارى فى المال العام هو حق مقيد بتخصيص الشيء للمنفعة العامة ، ولذلك سمى بحق ملكية إدارية[1] ويترتب على أن حق الملكية الإدارية هو حق مقيد ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى ، فقد رأيناها تقول : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » ، ومن ثم تترتب النتائج الآتية : (١) عدم جواز التصرف فى الشيء العام. لأن التصرف فيه يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة . (٢) عدم جواز الحجز على الشيء العام ، لأن الحجز يؤدى إلى بيع الشيء العام جبرا، أى إلى التصرف فيه، والتصرف ممنوع كما قدمنا (٣) عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم. لأن التملك بالتقادم كالتصرف يتنافى مع تخصيص الشيء العام للمنفعة العامة . فهذه نتائج ثلاث نبحثها على التعاقب .

٧٤ — عدم جواز التصرف فى الشيء العام : الشيء العام مملوك ملكية صحيحة للشخص الإدارى الذى يتبعه هذا الشيء كما قدمنا، ولكن لما كان الشيء مخصصا لمنفعة عامة فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز للمالك — أى للشخص الإدارى — أن يتصرف فى الشيء العام بما يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها . فلا يجوز للشخص الإدارى لا يبيع الشيء العام ، أو أن يهبه ، أو أن يرهنه ، أو أن يجرى فيه أي تصرف آخر يتعارض مع تخصيصه ، فإن هذه التصرفات من شأنها أن تزيل ملكية الشخص الإدارى للشيء العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . وإذا أراد الشخص الإدارى أن يجرى مثل هذا التصرف ، وجب عليه أولا تحويل الشيء العام إلى شيء خاص بطريقة من طرق التحويل التى سنبينها فيما يلى[2] . وبعد تجريد الشيء من صفته العامة وصيرورته شيئاً خاصا يمكن للإدارة عندئذ أن تتصرف

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٦ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٢ وما بعدها .

فيه كما تتصرف فى سائر أموالها الخاصة[١]. أما إذا تصرفت الإدارة فى الشيء العام مع احتفاظها بصفته العامة، فإن التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا، لا ترد عليه الإجازة، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به. فيجوز إذن لمن تصرف إليه الشخص الإدارى من الأفراد أن يتمسك بالبطلان، فمن يشترى شيئاً عاما من الإدارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن[٢]. وأهم من ذلك أن الشخص الإدارى نفسه الذى صدر منه التصرف يجوز له – بل يجب عليه – أن يتمسك بالبطلان، دعوى أو دفعا. فيرفع دعوى البطلان إذا كان قد سلم الشيء العام للمشترى، ويدفع بالبطلان إذا كان لم يسلم الشيء وطالبه المشترى بالتسليم[٣]. ويجوز كذلك للشخص الإدارى أن يلجأ إلى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشيء العام الذى سلمه للمشترى، فإذا ماتمسك هذا الأخير بالبيع دفعت الإدارة ببطلانه. وفى جميع الأحوال تكون الإدارة مسئولة عن هذا البيع الباطل نحو المشترى مسئولية تقصيرية[٤]، ويجب عليها أولا أن ترد للمشترى الثمن، وأن تدفع له تعويضاً عما عسى أن يكون قد لحقه من الضرر.

على أنه يلاحظ أن عدم جواز التصرف إنما يكون فى نطاق التصرفات التى تتنافى مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة كما قدمنا، كالبيع والهبة والرهن وغيرها من التصرفات المدنية. وهناك أنواع أخرى من التصرفات تلائم الأموال العامة، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة. من ذلك

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ٥ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة أحكام مجلس الدولة سنة ١٩٢٢ ص ٣٩٠.

(٢) انظر مع ذلك رأيا يذهب إلى أنه ليس للمشترى أن يتمسك بالبطلان، لأن البطلان إنما شرع لمصلحة الشخص الإدارى : جيز فى المبادئ العامة للقانون الإدارى طبعة ثالثة جزء ٤ ص ٢٨ وما بعدها – محمد زهير جرانة ص ١٣٨.

(٣) فإذا باعت الحكومة للملاك المجاورين للنهر أراضى تكونت من طمى هذا النهر، وكانت هذه الأراضى بمقتضى موقعها ومستواها جزءاً من الأملاك العامة، كان البيع باطلا، ولم يجز للحكومة تسليم هذه الأراضى للمشترين وعليها أن تدفع ببطلان البيع (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦، م ٣٩ ص ١٠٥ – محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٨ ص ٧٨٩).

(٤) نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ – ١ – ١٩٦ وفى رأى تكون المسئولية تعاقدية (جرينوبل ١١ يناير سنة ١٨٦٥ داللوز ٧٦ – ٢ – ١٨).

منح التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على شيء عام ، وهو جائز لملاءمته لطبيعة المرفق العام ، كذلك تجوز مبادلات الأموال العامة (mutations domaniales) لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة ، فيصح أن تنزل الدولة لأحد الأشخاص الإدارية الأخرى (المحافظة أو المدينة أو الجامعة أو دار الكتب أو غير ذلك) عن شيء عام في مقابل تعويض تتقاضاه من هذا الشخص الإداري ، كما يصح أن ينزل شخص إداري عن شيء عام يملكه للدولة في مقابل تعويض . فهذه تصرفات تجرى في الأموال العامة ، ولكنها تصرفات إدارية لا تصرفات مدنية ، وهي تصرفات لا تتعارض مع تخصيص المال العام للمنفعة العامة ومن ثم يجوز إجراؤها[1] .

٧٥ — عدم جواز الحجز على الشيء العام : وهذا الحكم هو نتيجة منطقية للحكم السابق ، فمتى تقرر أنه لا يجوز التصرف في الشيء العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، وجب القول كذلك بأنه لا يجوز الحجز على الشيء العام . ذلك أن الحجز ينتهى إلى بيع إجبارى ، فإذا كان البيع الاختيارى ممنوعا فأولى أن يمنع البيع الإجبارى[2] .

وإذا اتخذت إجراءات لنزع ملكية الشيء العام ، كانت هذه الإجراءات باطلة بطلانا مطلقاً لا تصححها الإجازة[3] .

وإذا كان الحجز على الشيء العام غير جائز ، فكل ما يؤدى إلى هذا

---

(١) وكثيراً ما يستغل الشخص الإدارى الشيء العام في صورة تراخيص يمنحها للأفراد في مقابل عوض يتقاضاه . والترخيص بطبيعته موقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائما، لداعي المصلحة العامة ، الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله (نقض مدنى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاما جزء أول ص ٢٠٧) . كذلك هناك أموال عامة مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص في ذاته يقتضى استغلال الدولة لها ، وذلك كالسكك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فإن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بربح وفير على الدولة .

(٢) انظر في مبدأ عدم جواز الحجز على الشيء العام : استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٠٨ — ١٢ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٤٠١ — ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٥ ص ٦٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٩ — ١ — ٢٥٧ — ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ — ١ — ١٥١ .

الحجز يكون غير جائز أيضاً ، ومن ثم لا يجوز رهن الشيء العام ، لا رهنا رسميا ولا رهناً حيازياً . كما لا يجوز أخذ حق اختصاص به . ولا يجوز أن يترتب عليه حق امتياز[١] .

٧٦ — عدم جواز تملك الشيء العام بالتقادم : وهذا هو أهم القيود الثلاثة التي وضعت لحماية الشيء العام ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . ووجه ذلك واضح ، فإنه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإدارى يعمد إلى التصرف فى الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك يندر أن يقدم دائن للشخص الإدارى على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإدارى يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه فى حاجة إلى التنفيذ الجبرى على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هى فى أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملا فى أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب فى أوجه المعتدين ، وحرم تملك الشيء العام بالتقادم[٢] .

كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة .

وإذا كان الشخص الإدارى يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمى حيازته ، فإن الأفراد لا يحمون فى حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها . فلا يجوز لواضع اليد على شيء عام أن يرفع دعوى منع التعرض ، إذ أن هذه الدعوى تفترض أن يكون الشخص واضعا يده بصفته مالكا . والشيء العام لا يقبل وضع اليد عليه بهذه الصفة . ومع ذلك إذا كانت صفة العمومية متنازعا عليها ، جاز لواضع اليد أن يرفع دعوى منع التعرض ، ويبقى واضعا يده حتى ترفع الإدارة دعوى تثبت فيها أن العين مخصصة للمنفعة العامة[٣].

---

(١) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٣٢٥ .

(٢) وقد قضى ، تطبيقاً لعدم قابلية الشيء العام للتملك بالتقادم ، بأن جنابيات السكة الحديدية المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن تملكها بالتقادم ، ولو لم تكن السكة الحديدية منتفعة بها حالا (استئناف وطنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢) .

(٣) محمد زهير جرانة ص ١٤٢ — ص ١٤٣ والأحكام المشار إليها فى ص ١٤٣ هامش ١ .

ومتى تقرر أن الشيء العام لا يمكن تملكه بالتقادم ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص الإدارى —

وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإدارى يستطيع أن يسترده منه ، ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشترى قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لا يجوز التبايع فيه ، بل بيعه وشراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى من يكون هذا التمثال فى حيازته مهما كانت جنسيته لتسترده منه ، بغير تعويض تدفعه أو ثمن ترده إليه ، ولا يكون له أن يحتج عليها بحكم المادة ٨٧ مدنى (قديم) ، فإن من المقرر قانونا أن أحكام امتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة[١] .

ويمكن القول إنه لما كان الشيء العام لا يجوز أن تنتقل ملكيته إلى أحد مادام مخصصا للمنفعة العامة ، فإن أيا من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه . وأسباب كسب الملكية هى الاستيلاء ولا يتصور أن يرد على الشيء العام ، والميراث والوصية وهما كذلك لا يتصوران ، والشفعة وهى لا تجوز لا فى الشيء العام ولا بالشيء العام . ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والالتصاق . وقد قدمنا أن الشيء العام لا يجوز التصرف فيه بالعقد ولا تملكه بالتقادم ، والآن نقرر أنه لا يجوز تملكه بالالتصاق . فإذا أقامت الإدارة مبنى عاما على أرض غير مملوكة لها ، لم يجز لصاحب الأرض أن يتملك المبنى العام بالالتصاق ، بل الإدارة هى التى تنزع ملكية الأرض[٢] . ولكن قواعد الالتصاق تنطبق فى الفرض العكسى ، فإذا بنى الغير أو غرس فى أرض من

= يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على واضع اليد فى أى وقت ، حتى لو بقى واضع اليد حائزاً للشيء لتمام مدة التقادم .

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٩٩ ص ٦٠٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ - ١ - ٤٤٢ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٤٨٥ .

للمنافع العامة ، جاز للإدارة أن تملك البناء أو الغراس بالالتصاق فى مقابل دفع القيمة التى قررها القانون[١] .

المطلب الثانى

الأشياء الخاصة

(Domaine privé)

٧٧ — مسائل البحث : الأشياء الخاصة هى الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وهى الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة . وهناك أمثلة كثيرة لهذه الأشياء . بل إن الأشياء العامة ذاتها يمكن أن تنقلب إلى أشياء خاصة . بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة على الوجه المقرر فى القانون . وحق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية خاصة ، لا حق ملكية إدارية . وتخضع هذه الأشياء بوجه عام لأحكام الملكية ، شأنها فى ذلك شأن الأشياء المملوكة للأفراد .

فنبحث إذن المسائل الآتية : (١) أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة . (٢) تحول الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها . (٣) تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء .

§ ١ — أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة

٧٨ — الدومين الخاص : إلى جانب الدومين العام للدولة يوجد الدومين الخاص . وقد رأينا[٢] كيف نبت التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص فى فرنسا ، وقد انتقل هذا التمييز إلى القانون المصرى . فأصبح الدومين الخاص ، على خلاف الدومين العام ، هو ما لم يخصص للمنفعة العامة ، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوى العام ملكية خاصة ، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ — مجلس الدولة الفرنسى ١٠ يونيو سنة ١٩٢٧ مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٢٧ ص ٥٨١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

وأسباب كسب الدومين الخاص متعددة ، وهي نفس أسباب كسب الملكية الخاصة . فقد تملك الدولة المال بالاستيلاء إذا لم يكن له مالك ، فتضع يدها عليه بنية تملكه . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالالتصاق ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩١٩ مدني على أن « الأراضي التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » ، والملكية هنا ملكية خاصة كما سبق القول[١] . وقد تملك الدولة أو الشخص المعنوي العام المال ملكية خاصة بالعقد (كالهبة والبيع) وبالوصية ، ويقع ذلك في بعض الأحيان كما إذا وهب شخص أو أوصى لإحدى الجامعات بمال تستعين به الجامعة على تحقيق أغراضها العلمية . وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتقادم طبقا لقواعده ، ولكن متى أصبح المال ملكا خاصا للدولة فإنه يصبح غير قابل لتملك الأفراد له بالتقادم كما سيأتي[٢] . ونرى من ذلك أن الدولة أو الشخص المعنوي العام قد يملك ، بأسباب مختلفة ، أموالا متنوعة من عقارات ومنقولات ملكية خاصة ، وكثيراً ما يوقف على الجامعات والهيئات العامة أموال طائلة ، فجامعة القاهرة ودار الكتب وغيرهما من الهيئات موقوف عليها أطيان وأرض رصدها عليها رجال الخير . وتدير أموال الدولة الخاصة عادة مصلحة الأملاك الأميرية ، إن لم تدرها هيئة فنية متخصصة .

بقي من أسباب كسب الملكية الشفعة والميراث[٣] . أما الشفعة فيندر أن تشفع الدولة في عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعا من أن تأخذ العقار بالشفعة . وسنبحث الميراث فيما يلي :

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٣ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٨٨ .

(٣) ويضاف إلى أسباب كسب الملكية ، بالنسبة إلى الدولة ، القانون . فقد ينص القانون على أن تملك الدولة مالا معينا ملكية خاصة ، كما فعل قانون المناجم والمحاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) إذ نصت المادة ٣ منه على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء ... التي توجد في المحاجر التي تثبت ملكيتها للغير » . وكما فعل قانون الإصلاح الزراعي فقد وضع حداً أقصى للملكية الزراعية وما يزيد على هذا الحد تنتقل ملكيته للدولة فيكون مملوكا لها ملكية خاصة إلى أن يوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام هذا القانون .

٧٩ — التركات التى لا وارث لها : إذا مات شخص ولم يترك وارثا فى الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال . وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة ، فيمكن القول إذن إن التركات التى لا وارث لها تكون ملكا للدولة ، وتكون من أملاكها الخاصة .

بقى أن نعرف هل أيلولة التركة إلى الدولة تكون بطريق الميراث ، أى أن الدولة تعتبر وارثا لمن لا وارث له ؟ اختلف الرأى فى ذلك . فمن قائل إن التركة تؤول إلى الدولة بطريق الميراث . ومن قائل بل هى تؤول إلى الدولة على أساس أنها مال لا مالك له ، والمال الذى لا مالك له يؤول إلى الدولة . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم فى هذا الصدد : « والحق أنه مال فيه معنى الإرث والمصلحة معاً ، فهو ملك لجميع المسلمين على السواء ، يستوى فى ذلك الموجودون وقت وفاة المتوفى ومن سيوجد بعد ذلك ، ويصرف فى مصالح الجميع على السواء ، ويستوى فيه الذكور والإناث ، والقريب والبعيد ، وفى قول لمالك رضى الله عنه أن مال من يتوفى من غير وارث يكون للفقراء لا لبيت المال ، نص على ذلك فى شرح الدرة البيضاء وغيره . وعند الإمامية يكون هذا المال للإمام بحكم ولاء الإمامة»[1] .

والصحيح فى نظرنا أن التركة تؤول إلى الدولة مالا خاصا ، لا باعتبارها تركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له ، فتملكه الدولة بمجرد وفاة المالك دون وارث وقبل أن تضع يدها عليه . فالدولة ليست وارثا لمن لا وارث له[2] ،

---

(١) أحمد إبراهيم بحث مقارن فى المواريث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٣ – سنة ١٩٣٤ (المقال الثانى ص ٥٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال ، وإن عد مستحقا للتركات التى لا مستحق لها ، فإنه لا يعتبر وارثا فى نظر الشرع ، ولذلك فهو لا يصلح خصما فى دعوى الوراثة (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ١٠٠٧) . وقضت ترتيبا على ذلك بأن البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة الذى لا يرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقا فى حدود سلطتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون . وإذن فهى مسئولة عن التصرف ، باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ١٠٠٧)

وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد[1]

وأهم نتيجة تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثا لمن لا وارث له ، أن صاحب التركة لو أوصى بكل تركته لأحد نفذت الوصية فى كل التركة ، دون حاجة لإجازة الدولة فيما زاد على الثلث . ولو كانت الدولة وارثا ، لوجبت إجازتها فيما زاد على الثلث طبقا لأحكام الوصية . وفى هذا المعنى يقول الأستاذ أحمد ابراهيم : « وأما على مذهب أبى حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد وبعض العلماء ، فإن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الورثة جميعا تنفذ بدون توقف على إجازة أحد ، ويقدم الموصى له بما زاد على الثلث على بيت المال حتى لو كانت الوصية بكل مال التركة . وذلك لأن بيت المال عند هؤلاء ليس وارثا ، وإنما هو محل توضع فيه التركات التى لا مستحق لها على أنها مال ضائع . وإذا كان مع الموصى له أحد الزوجين ، فإن لم يجز فله نصيبه من الباقى بعد الثلث فقط ، ونكمل وصية الموصى له من الباقى بعدذلك ، ويقدم على بيت المال كما تقدم ، حتى لو استغرق ما بقى كله . وإذا أجاز كان للموصى له كل ما أوصى له ، والباقى لبيت المال إن بقى شيء ، وإلا فكل التركة للموصى له بمقتضى الوصية والإجازة جميعا[2] » .

---

(١) هذا وقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف من المتوفين من غير وارث ، نذكر من نصوصه المواد الآتية : م ١ / ١ – تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم . م ٢/١ – ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولوكان سببه الميراث ، بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه . م ٨ : ١ – تسلم الأراضى الزراعية للإدارة العامة للأملاك وطرح النهر ، أما العقارات المبنية والأراضى الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة ، حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها . ٢ – وتصفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجارى أو المهنى التى كان يزاولها المتوفى . م ٩– تصفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة لحساب التركة ، حتى يتقرر حق ذوى الشأن فيها أو تنتهى المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية . م ١١ – فى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما تخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى .

(٢) أحمد إبراهيم بحث مقارن فى المواريث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩٣٣ – سنة ١٩٣٤ (المقال الثانى ص ٥١ – ٥٢) .

ونتيجة ثانية تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثا : أن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو أيضاً للدولة . ولو كانت الدولة وارثا ، لما ورثت من غير المسلم .

ونتيجة ثالثة تترتب أخيراً على ماتقدم ، أنه لو مات شخص عن غير وارث ، ووضع شخص آخر يده على ماله ، فإن حق الدولة لا يسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، لأن هذه المدة إنما تسقط دعوى الميراث والدولة ليست بوارث . كذلك لا يستطيع واضع اليد أن يتملك التركة بالتقادم ، لأنها مال الدولة الخاص ، ومال الدولة ولو كان خاصا لا يجوز تملكه بالتقادم كما سنرى[1] .

٨٠ — الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها : ويعتبر أيضاً ملكا خاصا للدولة الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها ، كأراضى الصحراء والجبال وما إلى ذلك . وقد نصت المادة ١/٨٧٤و٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ — الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة . ٢ — ولا يجوز تملك هذه الأراضى أووضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا اللوائح » .

والملكية هنا هى أيضاً ملكية خاصة ، وكانت تتميز بحكم خاص ، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى : « إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك » . ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) ألغى هذه الفقرة فأصبحت هذه الأراضي شأنها شأن سائر أملاك الحكومة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وسنعود إلى أحكام هذا القانون فيما يلى[2] .

٨١ — أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشركات عامة : دخل فى القانون المصرى أخيراً ما يعرف بالمشروع العام (entreprise

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٨٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٩ — فقرة ٩٢ .

publique) ، وهو إما مؤسسة عامة أو شركة عامة . وكان ذلك أثراً من آثار التوسع الكبير فى نشاط القطاع العام فى توجيه الاقتصاد القومى والتنمية الاقتصادية ، وأخذ الدولة بزمام هذا النشاط بعد أن كان متروكا لنشاط الأفراد أو لنشاط ما يسمى بالقطاع الخاص . والأداة الرئيسية لكل ذلك هى التأميم (nationalisation) ، فيأخذ المشروع العام عادة شكل المؤسسة العامة أو الهيئة العامة عندما تقوم الدولة بنشاط صناعى أو تجارى أو زراعى أومالى أوعندما تقوم بتأميم المرافق العامة كالكهرباء والغاز والمياه والمواصلات ووسائل النقل المختلفة ، ويأخذ شكل الشركة المساهمة العامة عندما تقوم الدولة بتأميم البنوك وشركات التأمين والشركات التى كانت تابعة من قبل للقطاع الخاص كشركات الملاحة والمصانع والمتاجر والفنادق وكذلك عندما تنشئ المؤسسات شركات عامة .

وقد صدر أخيراً القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ فى شأن المؤسسات العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ فى شأن الهيئات العامة . ويظهر من الرجوع إلى هذين القانونين أن المؤسسة العامة « تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعاونيا » (م ١ من قانون المؤسسات العامة) ، فى حين أن الهيئة العامة تنشأ « لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة » (م ١ من قانون الهيئات العامة) . على أن هذه التفرقة لم تلتزم بدقة كافية ، فهناك نشاط تمارسه المؤسسة العامة ويمكن أن يكون مرفقاً عاما ، كما أنه ليس ثمة ما يمنع الهيئة العامة من أن تزاول نشاطا اقتصاديا لا تتوافر له صفة المرفق العام [1] .

والمؤسسات العامة والهيئات العامة تعتبر من أشخاص القانون العام . ولكن أموال المؤسسة العامة تعتبر فى الأصل من الأموال الخاصة ، مالم ينص على خلاف ذلك فى القرار الجمهورى الصادر بإنشاء المؤسسة . أما أموال

---

(١) ويقول الأستاذ مصطفى كمال طه فى هذا الصدد : « والواقع أن تحديد ما يعتبر مؤسسة عامة أو هيئة عامة لا يرجع إلى طبيعة النشاط . . . وإنما المرجع إلى تحديد ذلك هو إلى القرار الجمهورى ... ومعنى ذلك أن ضابط التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة هو فى الحقيقة ضابط شكلى محض مرده إرادة المشرع وحدها . وبالرغم من صدور قانون للمؤسسات العامة وآخر للهيئات العامة ، فإن أغلبية الأحكام مشتركة بينهما » (مصطفى كمال طه فى الوجيز فى القانون التجارى سنة ١٩٦٥ فقرة ٤٨٣) .

الهيئات العامة وتعتبر فى الأصل من الأموال العامة ، ما لم ينص على خلاف ذلك فى القرار الجمهورى الصادر بإنشاء الهيئة[1]. والمؤسسات العامة لها ميزانية مستقلة ، وتوضع على نمط ميزانيات المشروعات التجارية ، وأرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول إليها ، كما تواجه المؤسسة العجز أو الخسارة أصلا عن طريق ما تعقده من قروض . أما الهيئات العامة ، وإن كانت لها ميزانية خاصة ، إلا أنها تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليه أحكامها ، وتتحمل الدولة عجزها ، ويؤول لميزانية الدولة ما قد تحققه من أرباح .

والشركات المساهمة العامة تعتبر من أشخاص القانون الخاص . وتعتبر أموالها أموالا خاصة ، شأنها فى ذلك شأن المؤسسات العامة ، بل هى أولى من المؤسسات فى اعتبار أموالها أموالا خاصة ، إذ هى كما قدمنا من أشخاص القانون الخاص فى حين أن المؤسسات من أشخاص القانون العام كما سبق القول.

ويخلص من ذلك أن كلا من المؤسسات العامة وشركات المساهمة العامة تعتبر أموالها أموالا خاصة .

§ ٢ – تحول الأشياء العامة إلى أشياء خاصة بزوال تخصيصها للمنفعة العامة

٨٢ – نص قانونى : تنص المادة ٨٨ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتى :

« تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة »[2].

---

(١) وهناك قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات والهيئات قد نصت صراحة على اعتبار أموالها أموالا خاصة : مثل ذلك م ١٢ من نظام هيئة قنال السويس ، وم ٢٨ من نظام البنك المركزى المصرى ، و م ١٣ من نظام البنك الأهلى المصرى ، وم ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « أو بالفعل » لم تكن واردة فى نص المشروع التمهيدى . وأقرت النص لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٩٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو بالفعل » بعد عبارة « أو –

ويقابل هذ النص فى التقنين المدنى السابق العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩ من التقنين الوطنى[١] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٩١ – وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٨ – وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٧٢ – ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[٢] .

وتحول الشيء العام إلى شيء خاص بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة هو من أهم المصادر التى تكسب بها الدولة أموالها الخاصة ، فكثير من الأشياء التى كانت مخصصة للمنفعة العامة ينتهى تخصيصها هذا ، فتنقلب من أشياء عامة إلى أشياء خاصة ، فيجوز للدولة التصرف فيها ، كما يجوز التنفيذ عليها بالحجز.

٨٣ – كيف ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئا خاصا : وينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيصبح شيئا خاصا ، بنفس الطريقة التى يخصص بها للمنفعة العامة . وقد رأينا[٣] أن الشيء يخصص للمنفعة العامة بطريق رسمى (قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلى بتخصيصه فعلا للمنفعة العامة . وكذلك ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيكون الانتهاء بطريق رسمى (قانون أو قرار جمهورى أو قرار

= مرسوم » » ليتمشى ذلك مع كيفية اكتساب الملك العام ، وقد أقر القضاء هذا المبدأ » ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه التقنين الجديد ، وصار رقمه ٨٨ . وأقره مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ – ٤٨٨) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٢ ، فعدل النص بعد عبارة « بمقتضى قانون » على الوجه الآتى : « أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المدنى السابق م ٩/١ (وطنى) : الأملاك الأميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وإنما الحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر.

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٢ (مطابق فيما عدا إغفال عبارة « أو مرسوم » فى التقنين العراقى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٦ فى آخرها .

من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلى وذلك بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشىء للمنفعة العامة .

وقبل أن نستعرض كلا من الطريقين ، ندلى بملاحظتين :

(الملاحظة الأولى) ورد فى نص المادة ٨٨ مدنى : « وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . والصحيح أن الطريق الفعلى هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشىء للمنفعة العامة ، فلا يوجد إذن طريق ثالث ، ولا يوجد إلا طريقان كما قدمنا : الطريق الرسمى والطريق الفعلى . وتكون لفظة « أو » السابقة على عبارة « انتهاء الغرض إلخ » زائدة لا محل لها ، ويجب أن تقرأ العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى : « أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة »[1] .

(الملاحظة الثانية) ليس من الضرورى أن ينتهى تخصيص الشىء للمنفعة العامة بنفس الطريقة التى خصص بها من قبل للمنفعة العامة . فقد يخصص شىء للمنفعة العامة بطريق رسمى وينتهى تخصيصه بطريق فعلى ، وكذلك قد يخصص شىء للمنفعة العامة بطريق فعلى وينتهى تخصيصه بطريق رسمى .

---

(١) ويؤكد ذلك الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فلم يرد فى هذه المذكرة إلا طريقان لانتهاء التخصيص للمنفعة العامة هما الطريق الرسمى والطريق الفعلى ، إذ جاء فى هذا الصدد ما يأتى : « كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم ، كذلك ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانقطاع استعمالها بالفعل الاستعمال الذى من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٤) — والسبب فى عدم دقة نص المادة ٨٨ مدنى يرجع إلى ما يأتى : كان نص المشروع التمهيدى دقيقا إذ جاء على الوجه الآتى : « ... وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فكان واضحا أن طريق انتهاء التخصيص « بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » هو الطريق الفعلى نفسه ولا شىء غيره . ولم تتنبه لجنة مجلس الشيوخ إلى ذلك ، وظنت أن النص لا يشتمل على الطريق الفعلى ، فقررت إضافة « عبارة أو بالفعل » ، فجاء ذكر الطريق الفعلى على هذا الوجه مكرراً ، ذكر فى الأصل بعبارة « أو بانتهاء الغرض ... » ، ثم أعيد ذكر بإضافة عبارة « أو بالفعل » . وكانت إحدى العبارتين تغنى عن الأخرى ، بل كان الأولى ألا تضيف لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو بالفعل » فإن معناها كان موجودا فعلا فى نص المشروع . انظر آنفا فقرة ٨٢ فى الهامش ومجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ — ص ٤٨٤ .

٨٤ – انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمي : كما يخصص الشيء المملوك للدولة ملكية خاصة للمنفعة العامة بطريق رسمي ، أي بطريق قانون أو قرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الإدارة المختصة[1] ، كذلك ينتهي تخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمي على النحو السالف الذكر . فيجوز إنهاء التخصيص ، وتجريد المال من صفته العامة (déclassement, désaffectation) ، بقانون أو قرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أوقرار من الإدارة المختصة . ولا يشترط التماثل بين أداة التخصيص وأداة إنهاء التخصيص ، فقد يخصص شيء للمنفعة العامة بقانون وينتهي تخصيصه بقرار جمهوري إذا كان ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد يقع العكس فيخصص شيء بقرار جمهوري وينتهي تخصيصه بقانون ، أو بقرار من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص أو من الإدارة المختصة ، مادام كل ذلك جائزاً طبقاً للنظم المقررة . وقد قدمنا أنه يجوز تخصيص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمي ، وإنهاء التخصيص بطريق فعلي[2] .

ولا شك في أن إنهاء التخصيص للمنفعة العامة أمر تقديري موكول إلى الحكومة ، فهي ترى ما إذا كان من الملائم أن تنهي التخصيص أو ألا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٨٣ – وقد كان التقنين المدني الوطني السابق (م ٩/١) يقضي بأن الأملاك المخصصة للمنفعة العامة يجوز « للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر » . وقد فسر هذا النص بأن للحكومة أن تنهي تخصيصها لهذه الأملاك بمقتضى قانون أو مرسوم فتتحول إلى أملاك خاصة ، ومن ثم يجوز التصرف فيها . وكان هناك من يذهب إلى أنه لا يجوز إنهاء التخصيص إلا بمقتضى قانون أو مرسوم كما ورد في النص ، فلا يجوز إنهاء التخصيص بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو الإدارة المختصة ، حتى لو أن التخصيص للمنفعة العامة في بداية الأمر كان تخصيصا فعليا لا تخصيصا رسميا (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ – ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ – ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ – انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ٣٥٥ – ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤) .

تنهيه ، ولا معقب على تقديرها فى ذلك من القضاء إلا إذا انطوى التقدير على التعسف فى استعمال السلطة[1].

٨٥ — انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى : كانت هذه المسألة مثار خلاف كبير فى عهد التقنين المدنى السابق . فقد قدمنا أن هذا التقنين كان ينص على أن انتهاء التخصيص يكون « بقانون أو أمر » . فكان هناك رأى يذهب إلى أنه لا يجوز انتهاء التخصيص إلا بطريق رسمى . ومن أنصار هذا الرأى من يقول بأن أداة انتهاء التخصيص يجب أن تكون قانونا أو مرسوما ولا شىء غيرهما ، ومنهم من يقول بأنه يجوز أن تكون أداة انتهاء التخصيص غير القانون أو المرسوم فتكون بقرار من مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو الإدارة المختصة[2] . ولكنهم جميعا ، سواء منهم من يشترط القانون أو المرسوم ومن يجيز غيرهما ، متفقون على أن انتهاء التخصيص لا يكون إلا بأداة رسمية ، وأن انتهاء التخصيص بطريق فعلى لا يجوز[3] .

وكان هناك رأى ثان يذهب إلى التمييز بين المال العام بطبيعته كالجسور ، والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلى بأن يتبين على وجه واضح أن تخصيصها للمنفعة العامة قد انتهى وزال ، وبين المال العام حكما كالحصون والقلاع والثكنات ودور الحكومة وهذه لا يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلى بل لابد من صدور أداة رسمية كقانون أو قرار لإنهاء التخصيص . وقد قضى ، تطبيقا لهذا الرأى ، بوجوب التفريق بين الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة حكما . فالنوع الأول . كمجرى الأنهار والطرق والجسور ، يجوز أن تزول عنها صفتها أى

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ سيريه ٩٢٥: — ٣ — ١ — محمد زهير جرانة ص ١٩٢ — محمد على عرفة فقرة ١٣٤ ص ١٦٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش .

(٣) استئناف مصر ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ص ٣٦٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤ — سامى مازن فى تعليقه على حكم محكمة استئناف مصر فى ٩ ابريل سنة ١٩٣٠ مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٦٩٩ وما بعدها .

كونها من المنافع العامة بأسباب طبيعية ، كما لو تحول مجرى النهر فيصبح بذلك من الأملاك الخاصة دون حاجة إلى قانون أو رسوم باستغناء المنافع العامة عنها . والنوع الثانى ، كالحصون والقلاع ، لا يمكن بصفة عامة أن تخرج من أملاك المنفعة العامة وتلحق بالأملاك الخاصة إلا بمقتضى قانون أو أمر[1] .

وكان هناك رأى ثالث ، وهو الرأى الذى رجح فى القضاء والفقه وأخذت به محكمة النقض ، يذهب إلى أنه يجوز انتهاء التخصيص بالطريق الفعلى فى جميع الأموال العامة ، لا فرق فى ذلك بين الأموال العامة بطبيعتها والأموال العامة حكما . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى يجب السير عليها فى هذا الشأن هى أن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة ، فأخرجها عن دائرة المعاملات بما قضى به من عدم جواز بيعها والتصرف فيها إلا بقانون أو أمر ، مقيدة ببقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة ، فإذا مازال عنها هذا التخصيص بسبب ما ، انفصلت هذه الأملاك عن الأملاك العامة ، ودخلت فى عداد الأملاك الخاصة[2] .

---

(١) استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠ ص ٣٨ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يشترط لتجريد الحصون والقلاع من صفتها العامة صدور أمر إدارى بذلك ، وذلك بخلاف الجسور والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يكفى ثبوت زوال تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤١–٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠) .

(٢) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٤ ص ٨٦ – وقضت أيضاً بأن سور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية ، بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص له ، ثم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠١) – وانظر أيضاً نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢ – ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٥٩٨ – ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ١٠٦ – استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٢٠ ص ٢٣٤ – ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥١ ص ٢٤١ – استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٦ ص ١٠٥٤ – استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠ – ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٧ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١ – ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ .

وانظر محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأملاك الخاصة والعامة ص ٧٩٧ وما بعدها – محمد زهير جرانة ص ١٩٦ .

ولما كان هذا الرأى الثالث هو الذى غلب فى القضاء والفقه فى عهد التقنين المدنى السابق كما قدمنا، فقد عمد التقنين المدنى الجديد، حسما للخلاف، إلى أن يورد نصا صريحا يأخذ فيه بهذا الرأى. فنصت المادة ٨٨ مدنى، كما رأينا، على أن «ينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص، أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة». فارتفع الآن كل شك فى أنه يجوز انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى، دون حاجة إلى استصدار أداة رسمية [1].

على أن انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى يجب أن يكون واضحا كل الوضوح. فسكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يكفى لاستظهار أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال فعلا بهذا العمل [2]. وبوجه خاص لا يكون إبطال الدفن فى جبانة قديمة كافياً وحده لإزالة صفتها العامة، بل لابد من زوال معالم الجبانة [3].

§ ٣ – تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء

٨٦ – حق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة: قدمنا [4] أن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية إدارية، وبينا ما هو المقصود من ذلك. أما حق الدولة فى الأشياء الخاصة فهو حق ملكية مدنية

---

(١) محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧١.

(٢) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ – ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠.

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥ فى آخرها فى الهامش – وإذا جار أحد الأفراد على جزء من عرض طريق عام، ولكن الباقى من عرض الطريق يتسع لمرور الجمهور، لم يجز القول بانتهاء تخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة، وحمل ذلك على محمل التسامح من الإدارة أو الإهمال، مادام الانتفاع بالطريق لم يتأثر تأثراً محسوسا (محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧٢).

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٦ وما بعدها.

محضة ، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص وقد رأينا(١) أن الدولة تملك الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة .

ويبنى على أن حق الدولة فى الأشياء الخاصة إنما هو حق ملكية مدنية أن يكون للدولة الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها ، وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها ، وأن تتملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشيء الخاص ، شأنها فى ذلك شأن أى مالك .

٨٧ — الأحكام التى تخضع لها الأشياء الخاصة : وتخضع الأشياء الخاصة لنفس الأحكام التى تخضع لها الملكية المدنية ، مع شيء من التحوير اقتضته طبيعة الدولة .

فالمال المملوك للأفراد يكون عادة قابلا للتصرف فيه ، ويجوز الحجز عليه ، ويجوز تملكه بالتقادم .

أما قابلية الشيء الخاص المملوك للدولة للتصرف فيه فليست محلا للشك ، وللدولة أن تتصرف فى الشيء كما يتصرف الفرد فى ملكه الخاص . غير أن الدولة مقيدة بكثير من القوانين واللوائح التى تخضع لها فى تصرفها فى الأشياء الخاصة وفى استثمارها ، فلا بد إذن من مراعاة أحكام هذه القوانين واللوائح ، وسنعرض فيما يلى لبعض هذه الأحكام(٢) . أما إذا لم يوجد قيد فى قانون أو لائحة ، فقواعد القانون المدنى هى التى تسرى فى تصرف الدولة فى الأشياء الخاصة المملوكة لها . كذلك تكون المحاكم القضائية . لا المحاكم الإدارية ، هى المختصة بنظر ما ينشأ عن تصرف الدولة فى الشيء الخاص من وجوه النزاع .

وأما قابلية الشيء الخاص للحجز عليه . فالأصل أنه يجوز لدائنى الدولة الحجز على الأشياء الخاصة المملوكة لها ، وتتبع فى ذلك أحكام التنفيذ فى قانون المرافعات . ولكن الذى يقع فعلا هو أن الدولة لا تمكن الأفراد من الحجز على أملاكها الخاصة ، ويمتنع قلم المحضرين عادة من إجراء هذا الحجز . ذلك أن المفروض هو أن الدولة مليئة . غير معسرة ولا مماطلة ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٧٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٩ — ٩٢ .

وأنه متى تبين لها أن الحق فى جانب الدائن أوفته حقه طوعا واختيارا ، لا قسراً وإجبارا .

بقيت قابلية الشيء الخاص لتملكه بالتقادم . وهذا ماكان مقررا إلى عهد قريب ، بل كان هذا هو أهم فرق بين الملك العام والملك الخاص ، فالأول لا يجوز تملكه بالتقادم أما الآخر فيجوز تملكه بهذا الطريق . وكثيراً ماكانت الأفراد تضع يدها على أملاك الدولة الخاصة ، وتنقضى المدة اللازمة للتملك بالتقادم ، فيتملكها واضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن فى ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد ، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب . لذلك انحرفت عن هذه القاعدة العامة ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٨٨ — عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة بالتقادم : صدر فى هذا الشأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يعدل من المادة ٩٧٠ مدنى. وكانت المادة ٩٧٠ مدنى قبل هذا التعديل تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

فعدل هذا النص ، بموجب القانون سالف الذكر ، على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم[1] » .

ويلاحظ أن أملاك الدولة الخاصة ، التى تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ هذا التعديل ، تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم ، إذ ليس للتعديل أثر رجعى. أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد ، ولم يكن

---

(١) وقيل تبريراً لهذا التعديل بأن الشارع أراد بهذا الحكم الجديد أن يحمى هذه الأموال حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق (المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة ، فإن واضع اليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ التعديل مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال .

وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعيا أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم.

وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه ، كحق ارتفاق أوحق انتفاع ، شأن المال الخاص فى ذلك شأن المال العام .

وقد صدر بعد قانون سنة ١٩٥٧ القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بجرى تعديلا آخر فى نص المادة ٩٧٠ مدنى . فصار النص ، بعد هذا التعديل الأخير ، يجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية . أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة ، كسبتها بهذا التعديل الأخير . فالأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية ، إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام . أما الملك الخاص ، إذا اعتدى أحد عليه ، فإنه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء بنفسها أى بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء . فالآن بعد التعديل الأخير ، أصبح للحكومة إزالة الاعتداء على الملك الخاص بالطرق الإدارية ، دون الالتجاء إلى القضاء . فإذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده إذا رأى وجها لذلك .

٨٩ — التشريعات المنظمة لإدارة الحكومة لأملاكها الخاصة والتصرف فيها — قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : وقد صدرت تشريعات كثيرة متفرقة تنظم إدارة الحكومة لأملاكها الخاصة ، والتصرف فى هذه الأملاك . وصدر أخيراً قانون شامل فى هذا الموضوع ، هو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . واستعرضت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون التشريعات المختلفة السابقة ، ثم عقبت على ذلك بما يأتى : « ويبين من استعراض التشريعات المتقدمة أنها على تعددها قد صدرت متفرقة فى فترات زمنية متباعدة ، ولذلك فرغم وحدة الموضوع الذى تعالجه ، وهو إدارة العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، فإنها لم تصدر عن فكرة قانونية عامة مشتركة تؤلف بين أحكامها وتوائم بينها ، ولم يجمعها إطار قانونى واحد يحقق توافقها واتساقها . كما أن هذه التشريعات ، مع تشتتها وكثرتها ، قد صدر معظمها منذ عهد بعيد يمتد إلى مطالع القرن الحالى . وتوالى إدخال التعديلات المتلاحقة على كل تشريع منها على استقلال عن التشريعات الأخرى ، الأمر الذى ضاعف من تنائيها وأوهن من ترابطها وزاد من عمق التنافر وعدم الاتساق بين أحكامها . ولذلك فإنه من الناحية الفنية لا يكفى مجرد إدخال التعديلات الجزئية على كل من التشريعات المشار إليها بل يتعين تجميع أحكامها فى مجموعة قانونية واحدة تضم القواعد العامة المشتركة المنظمة لإدارة واستغلال العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، كما تتضمن ما تقتضى المصلحة العامة إقراره من نصوص وأحكام خاصة لبعض أنواع تلك الأراضى » .

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتحقيق هذه الأغراض المبينة فى المذكرة الإيضاحية . وبدأ هذا القانون باستبعاد أنواع من الأراضى من نطاق تطبيقه ، إذ هى تخضع لنظم خاصة . وهذه هى : (١) العقارات المستولى عليها تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعى والمعدة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، فيبقى قانون الإصلاح الزراعى مطبقاً فى هذا المجال . (٢) العقارات التى تشرف عليها وزارة الإسكان والمرافق ، والعقارات المبنية والأراضى المخصصة للبناء التى تسلم لجهات إدارية معينة وفقاً لقانون التركات الشاغرة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ ،

(٣) المباني الاستغلالية والأراضي الفضاء والأراضي الزراعية التي تقع داخل نطاق المدن ، والتي تتولى المجالس المحلية إدارتها واستغلالها والتصرف فيها .
(٤) العقارات التي تديرها أو تشرف عليها الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ، وتقوم باستغلالها وفقاً لأحكام التشريعات المنظمة لشؤونها ، أو التي تدخل في ملكية أي منها .

وفيما عدا هذه العقارات ، فإن العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . وقد بين هذا القانون القواعد الواجب اتباعها في تأجير هذه العقارات وفي التصرف فيها ، بعد أن قسمها إلى أراض زراعية ، وأراض بور وأراض صحراوية ، وأراض فضاء وعقارات مبنية . ثم أورد طائفة من الأحكام العامة التي تسري على هذه الأراضي جميعا . وبين بعد ذلك أثر الأحكام الواردة فيه بالنسبة إلى الوقائع التي سبقت صدوره[١] . فنستعرض في إيجاز هذه المسائل تباعا .

٩٠ — القواعد الواجب اتباعها في تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة وفي التصرف فيها : استعرض القانون كما قدمنا أقساما ثلاثة من العقارات : (١) الأراضي الزراعية ، وهي الأراضي الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين وتكون مزروعة بالفعل . (٢) الأراضي البور والأراضي الصحراوية . والأراضي البور هي الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي غير المزروعة المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين . أما الأراضي الصحراوية فهي الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين المشار إليهما ،

---

(١) وقد اشتمل القانون فيما اشتمل عليه الأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله ، ولذلك ألغى في المادة ٨٦ منه القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وهي تشريعات سابقة كانت تنظم هذا الموضوع . ولما كان طرح النهر وأكله متصلا بموضوع أعم هو موضوع الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، لذلك نرجىء الكلام فيه حتى نبحث الالتصاق في الجزء التاسع من الوسيط .

وقد نصت المادة ٨٨ من القانون على أن « يصدر وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون » . وقد صدرت فعلا لائحة تنفيذية مفصلة في السنة التالية لصدور القانون .

سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة[١] . (٣) الأراضى الفضاء والعقارات المبنية ، وهى التى تدخل فى ملكية الدولة الخاصة فيما عدا لما استبعد من نطاق تطبيق القانون على النحو السالف بيانه .

١ – الأراضى الزراعية : تؤجر هذه الأراضى إلى صغار الفلاحين الذين تتوافر فيهم شروط معينة ، فى حدود خمسة أفدنة لكل منهم . وتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها ، ويجوز أن تؤجر لمدة تقل عن ثلاث سنوات إذا استلزمت ذلك إجراءات التوزيع . ويلحق بها الأراضى البور التى تستصلح وتزرع خفية والأراضى الزراعية التى تزرع خفية ، فهذه وتلك تحصر سنويا على زارعيها ، ثم تؤجر فى السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين وفقا للأحكام المتقدم ذكرها ، على أن تكون الأولوية فى التأجير لمن قام باستصلاحها إذا توافرت فيه الشروط .

وفيما يتعلق بالتصرف فى الأراضى الزراعية ، تؤول هذه الأراضى إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى . واستثناء من هذا الحكم يجوز التصرف فى هذه الأراضى ، فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، وذلك ببيعها بطريق الممارسة إلى : (١) الشركاء على الشيوع فى الأرض محل البيع . (٢) الملاك المجاورين ، مع تفضيل من يكون قد نزعت ملكيته كلها أو بعضها للمنفعة العامة . (٣) أصحاب حقوق الارتفاق على الأرض محل البيع . (٤) واضعى اليد على الأراضى المتخلفة عن المنفعة العامة . (٥) مالك الأرض التى نزعت ملكيتها لمنفعة عامة ، إذا عدل عن تخصيصها لذلك خلال خمس سنوات من تاريخ نزع الملكية . (٦) مالك الأرض التى رسا مزاد شرائها على الحكومة لقاء

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون : « والمقصود بعبارة الأراضى الواقعة داخل الزمام .. الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية ، وحصرت فى سجلات مصلحة المساحة وفى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتى تخضع تبعا لذلك للضريبة العقارية على الأطيان . أما عبارة الأراضى الواقعة خارج الزمام فتشمل الأراضى التى لم تمسح مساحة تفصيلية ، ولم يتم حصرها لا فى سجلات مصلحة المساحة ولا فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتى لا تخضع للضريبة العقارية على الأطيان » .

مطلوباتها : إذا طلب المالك المنزوعة ملكيته شراءها هو أو ورثته خلال خمس سنوات من تاريخ رسو المزاد .(٧) واضعى اليد على المساحات الصغيرة من الأراضى المتناثرة التى لا يمكن توزيعها مجمعة ولا اتباع دورة زراعية منتظمة بها ، وذلك فى الحالات التى تحددها اللائحة التنفيذية — وتحدد اللائحة التنفيذية مراتب الأولوية فى الشراء فى الحالات المتقدمة ، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى .

٢ — الأراضى البور والأراضى الصحراوية : وأول ما عرض له القانون فى شأن هذه الأراضى هو وضع قواعد التصرف فيها لاستصلاحها . فجعل لوزير الإصلاح الزراعى أن يحدد بقرار منه المناطق التى يجوز أن تباع فيها هذه الأراضى لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . وفى دائرة هذه المناطق يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى البيع بممارسة لمساحات من الأراضى البور فى حدود عشرين فدانا ، أو الأراضى الصحراوية غير المزروعة فى حدود خمسين فدانا ، لمن يتعهد باستصلاح الأراضى المبيعة وزراعتها فى خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضى البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضى الصحراوية . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى . وإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض فى خلال المدة المحددة ، اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء ذاته ، وألزم المشترى الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة ويستنزل منها ما سبق أن أداه من ثمن وفوائد . أما إذا تم الاستصلاح وثبتت ملكية المشترى ، فإنه لا يجوز له التصرف فيما استصلح من أرض إلا إلى صغار الزراع بشروط معينة . واستثناء مما تقدم ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضى البور أو الخمسين فدانا من الأراضى الصحراوية إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن يتم استصلاح هذه الأراضى خلال عشر سنوات . ومتى تم استصلاح الأراضى ، لم يجز للشخص الاعتبارى أن يتصرف فيها إلا لصغار الزراع بشروط معينة .

ولم ينظم القانون تأجير الأراضى البور . « وعلة ذلك – كما تقول المذكرة الإيضاحية – أن الأراضى البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها إلى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة فى أعمال استصلاح الأراضى وتعميرها . وبعد إتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضى وتعميرها وزراعتها ، تكون طبيعة الأراضى المذكورة قد تغيرت من أرض بور إلى أرض توصف بأنها زراعية ، وتسرى عليها تبعا لذلك الأحكام المنصوص عليها فى القانون المرافق والخاصة بالأراضى الزراعية » .

ولكن القانون نظم تأجير الأراضى الصحراوية ، وكذلك التصرف فى الأراضى الصحراوية المستصلحة .

فيجوز أن تؤجر الأراضى الصحراوية إلى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم شروط معينة فى حدود عشرة أفدنة لكل منهم . وتكون الأولوية فى التأجير لمن كان يضع العين على الأرض المؤجرة ويزرعها فعلا ، ثم لمن هو أكثر عائلة وأقل مالا من أهل المنطقة الأقرب إلى موقع الأرض المؤجرة ، ثم لغير هؤلاء وفقاً لمراتب الأولوية التى تحددها اللائحة التنفيذية . وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد التى تتبع فى تقدير القيمة الإيجارية للأراضى الصحراوية ومدة الإيجار وسائر شروطه ، ولا يجوز أن تؤجر الأرض لمدة تزيد على تسع سنوات . على أنه يجوز لوزير الإصلاح الزراعى ، بعد أخذ رأى وزير الحربية ، أن يحدد مناطق صحراوية معينة لا يسرى عليها قيد مدة تسع السنوات ، وكذا مناطق صحراوية معينة يحظر فيها التأجير على إطلاقه .

أما التصرف فى الأراضى الصحراوية التى يتم استصلاحها وتعميرها وزراعتها بواسطة الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التى يعهد إليها بذلك ، وفقاً لبرامج التنمية ومخططاتها ، فيكون بتوزيعها على صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية الذين تتوافر فيهم شروط معينة . بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع . وتكون الأولوية فى التوزيع على الوجه الآتى : أولا – لمن أضير فى مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين فى منطقتها . ثانيا – ما يتبقى من الأراضى المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه على أهل المناطق المزدحمة بالسكان التى يصدر بتحديدها قرار

من وزير الإصلاح الزراعي، وذلك وفقا للترتيب الآتى : (ا) خريجى المعاهد الزراعية وعمال التراحيل الذين عملوا بصفة دائمة فى استصلاح الأرض . (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع . (ج) من يقبل الهجرة إلى منطقة الاستصلاح من أهالى المناطق المزدحمة المشار إليها .
ثالثا — النصف الثانى من باقى الأرض المستصلحة يوزع على الترتيب الآتى : (ا) خريجى المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا فى استصلاح الأراضى الموزعة بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة .(ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة .(ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها — وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن الأراضى المستصلحة التى يتم التصرف فيها بطريق التوزيع ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع الأخرى . ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعى ، أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية ، وله أيضاً اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأراضى الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء موقتا إذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أو الداخلى . ويجوز عند الضرورة ، بقرار من وزير الإصلاح الزراعى ، تجنيب أصحاب الملكيات التى تتخلل مناطق الاستصلاح فى مكان واحد ، وتعويضهم عنها عينا بأراض أخرى مما يتم استصلاحه ، أو تعويضهم نقداً طبقا لأحكام قانون نزع الملكية للمنفعة العامة[1] .

---

(١) وقد نص القانون على تشكيل لجان قضائية تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضى الصحراوية والتصرف فيها وببعض منازعات أخرى . وتشكل هذه اللجان بقرار من وزير الإصلاح الزراعى ، برياسة رئيس محكمة ابتدائية على الأقل وعضوية قاض يختارهما وزير العدل ونائب من مجلس الدولة يختاره المجلس . وتختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضى الصحراوية وتوزيعها والتصرف فيها ببيعها ، وفى الاعتراضات التى ترفع فى شأن نزع الملكية والاستيلاء الموقت عدا ما يتعلق منها بتقدير التعويض ، وفى المنازعات المتعلقة بالملكية وبالحقوق العينية السابقة على تاريخ العمل بقانون تملك الأراضى الصحراوية . وتكون القرارات الصادرة من اللجان نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من اللجنة العليا الموكول إليها تفسير نصوص القانون تفسيراً تشريعيا (وسيأتى بيانها فيما يلى انظر فقرة ٩٢ فى الهامش) ، وتنفذ القرارات بالطريق الإدارى .

٣ – الأراضى الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضى الفضاء ، تؤجر هذه الأراضى إذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة ، إلى شاغليها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة ، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الإصلاح الزراعى . كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تجاوز ثلاثين سنة ، إذا كان الغرض من التأجير هو إقامة منشآت ثابتة على الأرض المؤجرة ، بشرط أن يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أيلولة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الدولة فى نهاية مدة التعاقد دون مقابل . وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية ، يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقا لأحكام القوانين السارية .

وفيما يتعلق بالتصرف ، يجوز التصرف فى الأراضى المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة إلى شاغليها ، وذلك بطريق الممارسة وفقا للقواعد والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية .

بقيت الأراضى الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابتة أوغير ثابتة ، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاد العلنى ، وفقا للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية .

٩١ – أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى : وبعد أن بين القانون القواعد الواجبة الاتباع فى تأجير الأراضى بمختلف أنواعها وفى التصرف فيها على النحو سالف الذكر ، انتقل إلى تقرير أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى نذكر منها ما يأتى :

١ – لا يجوز لأى شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، ولا أن يحوزها بأية صفة كانت ، إلا وفقا لأحكام القانون ، وقد تقدم أنه لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم . وكل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلا ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذى شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٢ – ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة عن العقارات الداخلة فى ملكيتها

الخاصة له امتياز عام على أموال المدين فى مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة وسابقة على أي امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ، وللدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الإدارى . ولايجوز لمن تؤول إليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه إلا بعد أداء ثمنه كاملا ، وإلا كان التصرف باطلا ولايجوز شهره .

٣ - إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته ، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برياسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديرى الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال . وللجنة ، بعد سماع أقوال صاحب الشأن، أن تصدر قرارا بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع . ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه . ولايكون قرار اللجنة نهائيا إلابعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وينفذ القرار بالطريق الإدارى . ويترتب على إلغاء التوزيع أوالفسخ اعتبار المتصرف إليه مستأجراً للعقار من تاريخ تسليمه إليه ، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه ، ويستنزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المتصرف إليه قبل إلغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التى يكون قد أقامها فى العقار على نفقته .

٤ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى تأجير بعض العقارات أو فى التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون ، وذلك إذا كان التأجير أوالبيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد فى تنمية الاقتصاد القومى ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع فى هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية .

٥ - يجوز لوزير الإصلاح الزراعى عند الضرورة القصوى أن يقرر تجميع الأراضى الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة قبل التصرف فيها ، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضى التى تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من

إنتاجها أو من تمام الانتفاع بها ، إما عينا أو نقداً حسب اختيار صاحب الشأن . فإذا لم يبد صاحب الشأن خياره ، كان التعويض عينا ، وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات التجنيب ، وقواعد التعويض العيني والنقدى ، وشروطه .

٦ — وأخيراً تنص المادة ٦٩ من القانون على أنه « مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يدلى ببيانات غير صحيحة يترتب عليها انتفاعه أو انتفاع غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون ، سواء كان ذلك باقتضاء تعويض لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون ، وذلك فضلا عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصادرة المبالغ التى يكون المخالف قد أداها إلى الحكومة — ويعفى من العقاب كل من بادر من تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التى يكون قد أدلى بها أو اشترك فى الإدلاء بها على النحو المشار اليه فى الفقرة السابقة » .

٩٢ — أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التى سبقت صدوره : وقد انتهى القانون فى الباب السادس منه إلى أحكام انتقالية وختامية عرض فيها لوقائع سبقت صدوره وبيّن أثر أحكامه فى هذه الوقائع . نذكر من ذلك :

١ — عقود إيجار العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، والتى كانت سارية فى تاريخ العمل بالقانون ، تلغى فيما يخالف أحكامه .

٢ — جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة تبقى نافذة ، بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها . ويجوز للمجلس التنفيذى (مجلس الوزراء) تعديل هذه الشروط والأحكام أو إلغاؤها أو إضافة أحكام جديدة إليها ، إذا كان ذلك بقصد التيسير على المتصرف إليهم من صغار الفلاحين أو من خريجى المعاهد الزراعيـة .

٣ — يمنح كل من اشترى أرضا بورا أو أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، قبل العمل بالقانون ، مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضى المبيعة إليه وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من

تاريخ العمل بالقانون أى المدتين أطول . فإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض المبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته ، دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى .

٤ - يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨) ، والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد . كما يعتد أيضاً بالقرارات النهائية الصادرة وفقاً لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، والتى تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات . ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانونا . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط . فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة . (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقاً له ، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

٥ - العقارات التى تم التصرف فيها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وكانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، ولم يتم الوفاء بكامل ثمنها وملحقاته حتى ذلك التاريخ ، وتغير وضع اليد الفعلى عليها نتيجة تصرفات تالية ، يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى اتخاذ إجراءات نقل

ملكيتها إلى الحائزين الحاليين ، وتجزئة الديون المستحقة للحكومة من باقى الثمن وملحقاته بالنسبة إلى كل منهم بحسب مساحة العقار الذى يضع يده عليه . ويجوز التظلم من القرارات الإدارية الصادرة فى شأن تحقيق الملكية ووضع اليد وتجزئة ديون الحكومة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نشر هذه القرارات . وتختص بالفصل فى التظلم اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى ، ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا . وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التى تتبع فى تحقيق الملكية ووضع اليد وفى تجزئة ديون الحكومة وفى النشر عن القرارات الإدارية الصادرة فى هذا الشأن وتحديد الأنموذج الذى يتم بموجبه نقل الملكية وتجزئة ديون الحكومة بالنسبة إلى كل من الحائزين المذكورين[1]

الفصل الثانى

الحقوق التى ترد على الأشياء المادية

(أو الأموال)

٩٣ – **الأموال والذمة المالية** : قدمنا أن الحقوق التى ترد على الأشياء المادية هى الأموال ، تمييزاً للمال عن الشىء . ومجموع هذه الأموال[2] هى الذمة المالية .

فنبحث إذن: (١) الأموال وتقسيمها إلى حقوق عينية وحقوق شخصية (٢) الذمة المالية وما يتصل بها من الحلول العينى .

---

(١) وانتهى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتأليف لجنة عليا لتفسير نصوصه تفسيرا تشريعيا ، فنصت المادة ٨٧ منه على أن « تشكل لجنة عليا برياسة وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورؤساء مجالس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لاستصلاح الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى ورئيس إدارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ووكيل وزارتى الخزانة والحربية . ويكون لهذه اللجنة تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعيا ملزما ، وتنشر فى الجريدة الرسمية » .

(٢) ويدخل فى ذلك الديون ، كما تدخل الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية وسنبسطها فى الباب الثانى الذى أفردناه للأشياء غير المادية .

الفرع الأول

الأموال وتقسيمها الى حقوق عينية وحقوق شخصية

٩٤ — تقسيم المال إلى حق عيني وحق شخصي : المال ، وهو الحق الذي يرد على الشيء المادي ، ينقسم انقساما أساسيا إلى حق عيني (droit réel) وحق شخصي (droit personnel)(١).

فنتكلم أولا فى الحق العيني والحق الشخصي وكيف يتميز أحدهما عن الآخر ، وكيف يمتد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء إلى الأموال أى إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

ثم نقتصر على الحق العيني وحده . فهو محل البحث فى الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط كما كان الحق الشخصي هو محل البحث فى الأجزاء السبعة الأولى . ونستعرض خصائص الحق العيني ، ثم نبين أن الحقوق العينية خلافا للحقوق الشخصية مذكورة على سبيل الحصر فنذكر مفرداتها .

---

(١) وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى سلسلة من النصوص فى هذا الموضوع ، نوردها فيما يلى :

م ٦٥ : المال هو كل حق له قيمة مادية .

م ٦٦ : الحقوق المالية تكون إما عينية وإما شخصية .

م ٦٧ : ١ — الحق العيني هو سلطة مباشرة على شىء معين ، يعطيها القانون لشخص معين .

٢ — وهو إما أصلى أو تبعى .

م ٦٨ : ١ — الحقوق العينية الأصلية هى حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة .

٢ — والحقوق العينية التبعية هى حق الرهن التأمينى وحق الرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

م ٦٩ : ١ — الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاه الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل .

٢ — ويعتبر حقاً شخصيا الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها ، نقداً أو مثليات أو قيميات . ويعتبر كذلك حقاً شخصيا الالتزام بتسليم شىء معين .

٣ — ويؤدى التعبير بلفظ « الالتزام » وبلفظ « الدين » نفس المعنى الذى يؤديه التعبير بلفظ « الحق الشخصى » .

المبحث الأول

بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي
وتقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار ومنقول

المطلب الأول
بماذا يتميز الحق العيني عن الحق الشخصي

٩٥ — تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي — إحالة إلى ماتقدم في نظرية الالتزام : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط[١] ، عند الكلام في النظرية العامة للالتزام ، أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية . أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية (juris vinculum) ، ما بين شخصين دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمله .

وقد عرف القانون الروماني الفرق ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، ولكنه كعادته كان يركز على الدعوى لا على الحق . ففي الدعوى العينية (actio in rem) ، كانت صيغة الدعوى (formule) لا تتضمن تعيين المدعى عليه ، وتقتصر على تعيين صاحب الحق والشيء محل الحق . وفي الدعوى الشخصية (actio in personam) ، كانت صيغة الدعوى تتضمن تعيين المدعى عليه أي المدين ، لأنه هو الشخص الذي يرتبط بالدائن وبوساطته يقتضي الدائن حقه . ولكن القانون الروماني لم يصل إلى تعريف مجرد للحق العيني ، بل إن الاسم نفسه لم يكن مألوفا فيه ، ولم يظهر إلا أخيراً عند المحشين (glossateurs) . وهذا بخلاف الحق الشخصي أي الالتزام ، فله تعريف تقليدي مألوف في القانون الروماني[٢] .

---

(١) فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) وهذا هو : Obligatio est juris vinculum que necessitate adstringrimur alcujus solvendrae rei, secundum nostrae civitatis jure.

أما فى العصور الوسطى ، فقد برزت الحقوق العينية ، وبخاصة الحقوق العينية الإقطاعية (féodaux) ، وتعددت ، فى حين أن الحق الشخصى أخذ فى الانزواء والضمور . بل نزعت من الحقوق الشخصية بعض حقوق اقتربت من الحقوق العينية وسميت « jus ad rem » ، وهى الحقوق الشخصية التى تلزم المدين بنقل حق عينى إلى الدائن[١] .

٩٦ — محاولة هدم التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى : وقد قدمنا[٢] أن التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى هو الأساس الذى تقوم عليه تقسيمات القانون المدنى فيما يتعلق بالأموال . وقد وقعت محاولات لهدم هذا التمييز ، إما بتقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، أو بتقريب الحق الشخصى من الحق العينى .

٩٧ — محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العينى من الحق الشخصى : وعلى رأس من قال بتقريب الحق العينى من الحق الشخصى برز پلانيول[٣] ، فهو يقول إن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص ، ولا يمكن أن يقال إن الحق العينى هو رابطة ما بين الشخص والشىء ، لأن الشىء إنما يكون محلا للحق لا طرفا فيه ، والرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . فالحق العينى إذن هو ، كالحق الشخصى ، رابطة ما بين شخص وشخص . والحق العينى يتفق أيضاً مع الحق الشخصى فى أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : محل الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلا محله الشىء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة فيما عدا الدائن إذ يجب عليهم جميعا احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر ، وإنما يختلفان فى شىء غير جوهرى ، كما يقول پلانيول ، هو جانب المدين . ففى الحق العينى يكون المدين دائما هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق

---

(١) انظر Brissaud ص ٢٣٨ وص ٢٤١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢ — فقرة ٤ .

(٣) پلانيول جزء أول سنة ١٨٩٦ فقرة ٢١٥٨ — وغالى ديموج : بعد پلانيول ، فى تقريب الحق العينى من الحق الشخصى إلى حد التسوية بينهما (ديموج فى الأفكار الأساسية فى القانون الخاص ص ٤٠٥ — ص ٤٤٣) .

العينى حقا شخصيا عاما من حيث المدين (passivement universel) أما فى الحق الشخصى فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

والذى نستبقيه مما قاله پلانيول أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العينى رابطة ما بين الشخص والشىء ، فالرابطة لا تقوم كما يقول پلانيول إلا بين الشخص والشخص . ولذلك قلنا فى تعريف الحق العينى إنه « سلطة لشخص على شىء » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشىء » . وأما القول بأن الحق العينى هو حق شخصى عام من حيث المدين ، فليس هذا هو الذى يختلف فيه الحق العينى عن الحق الشخصى كما ذهب پلانيول ، إذ الحق الشخصى فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه(١) . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلا على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولا ووجب عليه التعويض . والذى يخالف فيه الحق الشخصى الحق العينى أن الحق الشخصى يزيد على الحق العينى شيئا جوهريا هو الذى يميزه عنه ، وذلك هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذى تقدم ذكره . ففى كل حق شخصى يوجد مدين معين أو مدينون معينون هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشىء محل الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء فى الحق العينى . وهذا فرق جوهرى ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتى ذكرها .

وإذا تعين شخص بالذات يكون قد اعتدى على الحق العينى : فإن هذا الشخص يكون مسئولا لا بموجب الحق العينى ذاته ، بل بموجب التزام شخصى تولد عن الخطأ الذى ارتكبه ، ويكون إذن طرفا لا فى الحق العينى الموجود من قبل ، بل فى الحق الشخصى الذى تولد عن الخطأ (٢) .

على أن احترام الناس كافة للحق العينى إنما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره ، وقيامه حقا كاملا مستوفيا لجميع مقوماته . فهذا الاحترام إذن ليس عنصراً من عناصر الحق العينى ، إذ هو لا يوجد كما قدمنا إلا بعد

---

(١) واحترام الناس للحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، ليس معناه أن هناك التزاما يقع على عاتق كل منهم بحيث يصح أن يكون هذا الالتزام دينا فى الذمة يحسب بين عناصرها السلبية (كاربونييه ص ٤٠) .

(٢) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٣ ص ٢٢ – ص ٢٣ – وقارن پلانيول وريپير وبيكار ٣ فقرة ٣٨ ص ٤٣ – محمد على عرفة فقرة ٦ ص ١٤ .

استيفاء الحق العينى لجميع عناصره . فلا يوجد إذن مدين بالحق العينى هو عنصر من عناصر هذا الحق كما يوجد مدين فى الحق الشخصى هو أحد عناصره ، والحق العينى يتكون وتتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشىء محل الحق وحدهما ، وعندئذ يجب على الناس كافة احترام هذا الحق الذى تكاملت عناصره. أما الحق الشخصى فلا يتكون ولا تتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشىء محل الحق وحدهما ، بل لابد من عنصر ثالث ينضاف إليهما هو المدين بالحق الشخصى . فإذا وجد المدين إلى جانب صاحب الحق (الدائن) والشىء محل الحق ، فقد تكاملت عناصر الحق الشخصى ، ووجب هنا أيضاً ، كما فى الحق العينى ، على الناس كافة احترام هذا الحق ، دون أن يكون هذا الاحترام داخلا فى تكوين الحق الشخصى إذ هو لم يوجد إلا بعد أن تكوّن الحق[1] .

٩٨ — محاولة هدم التمييز بتقريب الحق الشخصى من الحق العينى : وقد حاول فريق آخر هدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى ، عن طريق تقريب الحق الشخصى من الحق العينى ، وعلى رأس هذا الفريق سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما ، كما قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط[2] ، فى أن الحق الشخصى هو كالحق العينى عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . فالحق الشخصى يجب النظر إليه ، لا باعتبار أنه رابطة بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص الدائن وعن شخص المدين . وبذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العينى ، وهذا هو المذهب المادى للالتزام[3] .

وليس ينكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانونى الحديث . فهو الذى يسّر التسليم بحوالة الدين على غرار حوالة الحق ، إذ لما

---

(١) قرب من هذا المعنى كاربونييه ص ٤٠ – أحمد حشمت أبو ستيت (نقلا عن مذكرات عبد المعطى خيال غير المطبوعة فقرة ٥) فى نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش ١ .

(٢) فقرة ٤ .

(٣) انظر أيضاً فى هذا المعنى Jaller فى فكرة استمرار الشخصية رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ – Gazin فى فكرة الذمة المالية فى النظرية التقليدية رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ – Gaudemet فى حوالة الدين لخلف خاص رسالة من ديجون سنة ١٩٢٨ .

كانت العبرة فى الحق الشخصى هى بقيمته المادية لا بالمدين والدائن ، أمكن تصور أن تنتقل هذه القيمة المادية من مدين إلى مدين فى حوالة الدين ، كما انتقلت من دائن إلى دائن فى حوالة الحق . وأمكن كذلك ، بفضل المذهب المادى ، أن نتصور التزاما يقع عبئاً فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، كما فى الوعد بجائزة لغير دائن معين وكالسند لحامله وكالاشتراط لمصلحة شخص غير معين .

ولكننا مع ذلك لا نرى المذهب المادى يترتب عليه حتما هدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى . « فمن الممكن — كما قلنا فى الجزء الأول من الوسيط — أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العينى . ولكن ذلك لا ينفى أن هناك فرقا جوهريا ما بين الحقين ، حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما ، فالدائن فى الحق العينى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصى فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشىء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين »(١) .

٩٩ — بقاء التمييز قائما ما بين الحق العينى والحق الشخصى : وبالرغم من المحاولات المتقدمة ، محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ومحاولة تقريب الحق الشخصى من الحق العينى ، فإن التمييز ما بين الحقين بقى قائما قياما لا شبهة فيه ، وبقى هو المحور الذى تدور عليه تقسيمات القانون المدنى فى الأموال . فالقانون المدنى لا يزال يقسم الأموال إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، ويميز تمييزاً دقيقا بين هذه وتلك ؛ ويعقد فصولا للأولى تنفصل تماما عن الفصول التى يعقدها للأخرى . وهكذا فعلت كل التقنينات المدنية القديمة والحديثة ، وهكذا فعل التقنين المدنى المصرى السابق والجديد .

فصاحب الحق العينى يصل مباشرة إلى الشىء محل الحق ، ويستخلص منه فوائده دون وساطة أحد ، إذ هو ليس فى حاجة إلى هذه الوساطة . أما صاحب الحق الشخصى فلا يصل مباشرة إلى الشىء محل الحق ، وإنما يصل

(١) الوسيط ١ فقرة ٤ — وانظر كاربونييه ص ٤٠ — ص ٤١ .

إليه بطريق غير مباشر وبوساطة المدين . ولا يستطيع أن يستعمل حقه على الشيء إلا إذا توسط المدين بينه وبين هذا الشيء ، فهو لا يستعمل سلطة مباشرة على الشيء كما فى الحق العينى ، بل يتقاضى حقاً من المدين . ونأخذ مثلا لذلك المنتفع صاحب الحق العينى والمستأجر صاحب الحق الشخصى . فالمنتفع يباشر سلطته على الشيء مباشرة دون وساطة صاحب الرقبة ، أما المستأجر فلا يباشر سلطة مباشرة على العين المؤجرة وإنما يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين فلا يصل إليها إلا بوساطة المؤجر. والمهم فى الحق العينى ليس هو تعيين المدين إذ لا مدين فى الحق العينى كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عينى إلا على شيء معين بالذات . أما المهم فى الحق الشخصى فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصى بشيء غير معين إذا كان قابلا للتعيين ، وإنما المهم هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصى إلا بمدين معين يترتب فى ذمته الالتزام وقت نشوئه .

فيبقى إذن التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى — كما قلنا فى الجزء الأول من الوسيط — « قائما ومحتفظا بأهميته . فالحق العينى سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصى رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة فى الحق العينى هى تحديد الموضوع ، أما فى الحق الشخصى فتحديد المدين. ويزيد الحق الشخصى عن الحق العينى عنصراً أساسيا ، هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق »[1] . ومن أجل ذلك كان الحق الشخصى أكثر تعقيداً من الحق العينى ، فالحق الشخصى يتكون من عناصر ثلاثة هى الدائن والمدين ومحل الحق ، أما الحق العينى فيكفى فى تكوينه عنصران هما صاحب الحق ومحل الحق[2] .

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٥ .

(٢) ولا يزال الحق الشخصى رابطة فيما بين شخصين ، « ولا يزال لشخصية الدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لابد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسى — يؤثر تأثيراً كبيرا فى وجود الالتزام صحيحا ، وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هى السبيل الذى تتسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته » (الوسيط ١ فقرة ١١) .

ومهما يكن من أمر ، فإن التمييز الذى قام بهذا الوضوح ما بين الحق العينى والحق الشخصى لم يمنع من اختلاط الحقين أحدهما بالآخر فى حالات قليلة ، كما وقع ذلك فيما يسمى « بالالتزام العينى » ونورد عنه كلمة موجزة .

١٠٠ — **الالتزام العينى**(*): يحدث فى بعض الأحوال أن شخصا يجد نفسه ملزما بأداء عمل معين نحو شخص آخر ، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر فى أن المدين هو المالك لعين معينة . فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ، ومن ثم سمى بالالتزام العينى (obligation reélle, obligation propter rem) ونورد للإيضاح بعض الأمثلة :

١ — تنص المادة ٨١٣ مدنى على أن « لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » . فهنا المالك لأرض تلاصق أرضا يملكها الجار ملتزم نحو هذا الجار ، إذا طلب ، أن يشارك فى وضع حدود للأرضين المتلاصقتين بحيث يمكن التثبت من حدود كل أرض منهما فى الجهة التى فيها يتلاصقان . ويتحمل مالك الأرض نصف نفقات وضع الحدود المذكورة ، ويتحمل جاره النصف الآخر . ويلاحظ أن الالتزام الذى فى ذمة صاحب الأرض ، من المشاركة فى وضع الحدود وفى تحمل النفقات ، لم يترتب إلا بسبب ملكية هذا الشخص للأرض الملاصقة . فادام مالكا لهذه الأرض فهو ملتزم ، فإذا زالت ملكيته بأن تصرف فى الأرض مثلا ، فإن الالتزام ينتقل من ذمته إلى ذمة المالك الجديد . وحتى لو مات فآلت الأرض إلى وارث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره المالك الجديد للأرض . فالالتزام هنا إذن يدور مع ملكية الأرض وجودا وعدما ، فهو التزام مصاحب دائما لملكية العين ، ومن ثم فهو التزام عينى .

٢ — تنص المادة ١٠٢١ مدنى على أنه « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملا إضافيا يقتضيه

(*) مراجع : Michon رسالة من نانسى سنة ١٨٩١ — De Juglart رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ — Balbi رسالة من تورينو سنة ١٩٥٠ — Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ .

استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . مالم يشترط غير ذلك » . وتنص المادة ١٠٢٢ مدنى على أن « ١ – نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك . ٢ – فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . ٣ – وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . ويستخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق به لا يكون ملزما فى الأصل بالقيام بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، ولا بأية نفقة .ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون ملزما : (أولا) بالقيام بعمل إضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك . (ثانيا) بنفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، إذا اشترط عليه مالك العقار المرتفق ذلك وقبل الشرط . (ثالثا) إذا كانت الأعمال نافعة للعقار المرتفق به ، التزم مالك هذا العقار ، دون شرط ، بالمساهمة فى نفقة هذه الأعمال بنسبة ما يعود على عقاره من الفائدة .

ففى جميع هذه الأحوال نرى أن مالك العقار المرتفق به يلتزم نحو مالك العقار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة فى نفقة . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته للعقار المرتفق به ، أى بسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرتفق به فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا أيضاً مرتبط بملكية العقار المرتفق به ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عينى .

٣ – تنص المادة ٨١٤ / ٢ مدنى على ما يأتى : « فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فهنا أيضاً يلتزم الشريك فى الحائط المشترك ، إذا احتاج الحائط إلى إصلاح أو تجديد ، بالمساهمة فى النفقات بنسبة حصته فى الحائط . وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته الشائعة فى الحائط المشترك ، وبسبب هذه الملكية . ومادام شريكا فى الحائط فهو ملتزم . فإذا انتقلت ملكيته إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا إذن

مرتبط بملكية الحائط المشترك ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

٤ - تنص المادة ١٠٦٠/١ مدنى على أنه « يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » . ويفهم من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهنا رسميا ملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس أن التزاما شخصيا قد ترتب فى ذمته ، بل على أساس ملكيته للعقار المرهون ، وبسبب هذه الملكية . ومادام مالكا للعقار المرهون فهو ملتزم ، فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى غيره أصبح من انتقلت إليه الملكية هو الملتزم . فالالتزام هنا كذلك مرتبط بملكية العقار المرهون ، ويدور مع هذه الملكية وجوداً وعدما ، ومن ثم فهو التزام عيني .

وتكفى هذه الأمثلة لتوضيح ما هو الالتزام العيني . فهو التزام يوافق الالتزام الشخصى ، من حيث أنه يجبر مدينا معينا نحو دائن معين على أداء عمل معين . ولكنه يفارق الالتزام الشخصى ، ويوافق الحق العيني ، فى خصائص ثلاث هامة :

أولا - يتركز الالتزام العيني فى عين معينة بالذات ، ولا يتناول غيرها من أموال المدين . فهو ، على خلاف الالتزام الشخصى ، لا يكفله ضمان عام (gage commun) على جميع أموال المدين ، ويقتصر فى ضمانه على العين التى ترتب الالتزام بسببها .

ثانيا - وما دام الالتزام العيني لم يترتب إلا بسبب ملكية هذه العين ، فإنه يدور مع هذه الملكية وجودا وعدما كما قدمنا . فلا ينتقل إذن ، كما ينتقل الالتزام الشخصى ، إلى الخلف العام . بل ينتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العين ، حتى لو انتقلت الملكية بالميراث ، فإن الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره مالكا للعين . ويتضح ذلك فى الشريعة الإسلامية ، فإن الوارث باعتباره وارثا لا ينتقل إليه الالتزام الشخصى المترتب فى ذمة مورثه ، بل يبقى هذا الالتزام فى التركة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما إذا كان الالتزام التزاما عينيا ، فإنه ينتقل إلى الوارث ، حتى لو كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تسرى على الميراث .

ذلك أن الالتزام العينى لا ينتقل إلى الوارث باعتباره وارثا حتى يمتنع انتقاله وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، بل ينتقل إلى الوارث باعتباره مالكا للعين وقد انتقلت إليه الملكية فعلا بالميراث .

ثالثا — كذلك مادام الالتزام العينى لم يترتب إلا بسبب ملكية العين ، فإن المدين يستطيع أن يتخلص من التزامه بتركه العين أو التخلى عنها . ولو كان الالتزام التزاما شخصيا مترتبا فى ذمته ، لما استطاع ذلك . وقد وردت نصوص صريحة تجيز الترك أو التخلى (abandon, délaissement) ، فيتخلص المدين من الالتزام العينى فى حالة مالك العقار المرتفق به وفى حالة الحائز للعقار المرهون . فى الحالة الأولى رأينا المادة ٢/١٠٢٢ مدنى تنص على ما يأتى : « فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » . وفى الحالة الثانية رأينا المادة ١٠٦٠ مدنى تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن ... أو يتخلى عنه » .

بقى تكييف الالتزام العينى بخصائصه المتقدمة الذكر . هناك رأى يذهب إلى أنه التزام قائم بذاته ، وهو وسط ما بين الحق العينى والحق الشخصى ، وتجتمع فيه بعض خصائص هذا وبعض خصائص ذاك[1] . ولكن الرأى الراجح هو أن الالتزام العينى ليس إلا امتدادا للحق العينى ، وليس التزاما قائما بذاته . فهو ينشأ بسبب حق عينى موجود ، ويستكمل به صاحب هذا الحق العينى — وهو فى الوقت ذاته الدائن بالالتزام العينى — أسباب نفاذ حقه ، والتمتع بهذا الحق تمتعا كاملا . فالالتزام العينى إذن لا يعدو أن يكون استكمالا لحق عينى ، وليس له كيان مستقل لا كالتزام شخصى ولا كحق عينى[2] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى De Juglart رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ — مارتى ورينو ٢ مجلد ٢ فقرة ٧ ص ١٥ .

المطلب الثانى

تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية إلى عقار منقول

١٠١ — نص قانونى : تنص المادة ٨٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » .

« ٢ – ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ١٦/٢ و ١٧/٣[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٨٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣— ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ٤[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١١٣ و ١/١١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ١١٣ – يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بعقار — م ١/١١٤ – يعتبر مالا منقولا كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى مادة واحدة ، وعدلت عبارة « كل دعوى تتعلق بعقار » فى المادة الأولى ، فأصبحت « كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » . فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ — ص ٤٧١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا . والتعبير فى القانون بلفظ أمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٨٥ (موافق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤ : العقارات غير المادية هى الحقوق والتأمينات والارتفاقات العينية . وكذلك الدعاوى التى تتناول عقارا ماديا

(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .

ويتبين من هذا النص أن القانون يمد تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول من الأشياء المادية إلى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية ، وهى بهذا الوصف لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا . فالعقار هو الشيء المادى ذو المستقر الثابت بطبيعته كما سبق القول ، ولا يصدق هذا على الحق ، ولو كان هذا الحق هو حق الملكية الذى جرت العادة بخلطه بالشيء المادى ذاته الذى يقع عليه . وكذلك الحقوق لا تكون منقولة ، ولو كانت حقوق ملكية على منقولات تختلط بها ، فلا يزال التمييز قائما بين حق الملكية وهو شيء معنوى ، والشيء الذى يقع عليه حق الملكية وهو شيء مادى . ولكن المشرع ، تبعا لتقاليد قديمة ، قسم الحقوق المعنوية ذاتها إلى عقار ومنقول ، لا تبعا لطبيعتها بل تبعا لطبيعة المحل الذى تقع عليه ، ورتب على هذا التقسيم نتائج قانونية هامة .

وكان المشرع الفرنسى أسبق إلى تقسيم الحقوق إلى عقار منقول ، مراعيا فى ذلك تقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيد كما قدمنا فى التقسيم إلى عقار ومنقول بطبيعة الشيء بل بأهميته . ومع أن المشروع الفرنسى أغفل كثيراً من التقاليد الإقطاعية التى ألغتها الثورة الفرنسية ، إلا أنه مع ذلك لم يصل بالتبسيط إلى نهايته ، فترك ثغرات بقى فيها الفقه والقضاء غير مستقرين مدة طويلة . فنص فى المادة ٥٢٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر عقارا بحسب المحل الذى يقع عليه : حق الانتفاع بالأشياء العقارية — حقوق الارتفاق — الدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار » . فجاء النص ناقصا مبتورا غامضا ، فهو لم يعدد كل الحقوق العقارية إذ أغفل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الأمفتيوز ؛ ولم يبين ماذا يقصد بالدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار . ونص فى المادة ٥٢٩ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر منقولا بحكم تعيين القانون (ولم يستعمل التعبير الذى استعمله فى العقار « بحسب المحل الذى يقع عليه » لغير علة ظاهرة) : الالتزامات والدعاوى التى محلها مبالغ من النقود مستحقة أو منقولات ، والأسهم والحصص فى الشركات المالية والتجارية والصناعية حتى لو كانت هناك عقارات تابعة لهذه المشروعات وتملكها هذه الشركات . وتعتبر الأسهم والحصص منقولات بالنسبة إلى الشريك وحده طالما كانت الشركة باقية — وتعتبر أيضاً منقولا بحكم تعيين القانون الإيرادات

الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » . وهنا أيضاً لم يكن تعداد الحقوق المنقولة كاملا ، فقد أغفل النص الحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، كما أغفل المتاجر وغيرها مما لم يكن قد وصل إلى تطوره الحالى وقت صدور التقنين الفرنسى . وإنما عنى هذا التقنين بالتركيز على ماكان هاما وقت صدوره ، فتناول الإيرادات الدائمة والموقتة واعتبرها كلها منقولا على خلاف تقاليد القانون الفرنسى القديم ، وكذلك تناول الأسهم والحصص فى الشركات التجارية وكانت وقت صدوره لاتزال فى أول مراحل نشوئها .

أما التقنين المدنى المصرى ، وبخاصة التقنين الجديد ، فقد وصل فى التبسيط إلى نهايته ، ووضع قاعدة منطقية واضحة ، إذ اعتبر الحقوق العينية التى تقع على العقار عقارا ، ولم يرد بعد ذلك أن يخوض فى تعداد المنقول خشية أن يفوته شيء منه ، فقال : « ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . ومن ثم يعتبر منقولا : (١) الحقوق العينية التى تقع على منقول . (٢) الحقوق الشخصية التى تتعلق بمنقول . (٣) الحقوق الشخصية التى تتعلق بعقار . (٤) أى حقوق شخصية أخرى يكون محلها عملا أو امتناعا عن عمل . وكذلك فى الدعاوى اتبع نفس القاعدة البسيطة ، فالدعاوى بحقوق عقارية تكون عقارا ، والدعاوى بحقوق منقولة تكون منقولا[1] .

فنعرض لهذه القواعد المبسطة المنطقية التى أتى بها التقنين المصرى ، ولا يحسن الاعتداد كثيراً فى هذا الشأن بالمصادر الفرنسية فقد بينا أنها أتت بحكم تقاليد القانون الفرنسى القديم معقدة غامضة . ومن ثم نستعرض الحقوق والدعاوى العقارية ، ثم الحقوق والدعاوى المنقولة .

§ ١ – الحقوق والدعاوى العقارية

١٠٢ — الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار : وعلى رأس الحقوق العقارية تقوم الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار . والعقار

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٧٠ – ص ٤٧١ .

الذى تقع عليه الحقوق العينية الأصلية قد يكون عقاراً بطبيعته كما هو الغالب ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص . فجميع الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقارات بالتخصيص تعتبر حقوقا عقارية[١] .

وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية . والملكية حق ، أى شىء معنوى لا شىء مادى ، ولكن التقاليد التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى تخلط ما بين حق الملكية والشىء المادى الذى يقع عليه هذا الحق ، نظرا لأن الملكية هى أوسع حق عينى يمكن تصوره ، وهو يستغرق الشىء الذى هو محله استغراقا تاما ، ومن ثم يختلط به فيصبحان شيئا واحدا نتيجة لهذا الخلط[٢] . ويخيل فى النظرة السطحية أن حق الملكية هو نفس الشىء المادى المملوك ، فيبدو أن حق الملكية نفسه هو شىء مادى أو هو ذات الشىء المادى الذى يقع عليه الحق . والصحيح أن حق الملكية ، كغيره من الحقوق العينية ، شىء معنوى كما قدمنا ، ويجب تمييزه عن الشىء المادى الذى يقع عليه . وقد نبهت الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى إلى ذلك ، فساوت بين حق الملكية وبين أى حق عينى آخر . وقالت كما رأينا : « يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ... » . فحق الملكية إذن يكون حقاً عقاريا إذا وقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص .

ثم تأتى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، وهذه تكون أيضاً حقوقاً عقارية إذا وقعت على عقار . ومن هذه الحقوق ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتما من الحقوق العقارية ، وهذه هى حقوق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر . ومنها ما يقع على عقار أو منقول كما هو الأمر فى حق الملكية ، فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا . وهذه هى حق الانتفاع وحق الاستعمال ، ما وقع منهما على عقار يكون حقا عقاريا .

١٠٣ — الحقوق العينية التبعية التى تقع على عقار : كذلك يعتبر حقاً عقاريا كل حق عينى تبعى يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص . ومن هذه الحقوق أيضاً ما لا يقع إلا على عقار فيكون حتما عقاريا . وهذان هما

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣ ص ٩٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ —

حق الرهن الرسمي[١] وحق الاختصاص . ومنها ما يقع على عقار أو يقع على منقول ، فإذا وقع على عقار كان حقا عقاريا . وهذه هي حق رهن الحيازة وحقوق الامتياز .

ولا يعترض على أن الحق العيني التبعي يكون حقاً عقاريا إذا وقع على عقار بمقولة إن هذا الحق ضامن لحق شخصي منقول فهو تابع له ، ومن ثم يكون منقولا مثله . ذلك أن الفرع إذا كان يتبع الأصل ، فإنما يتبعه في نشوئه وانقضائه ، ولا يتبعه في طبيعته . فقد يكون الأصل عقاراً ويكون التابع منقولا ، وبالعكس قد يكون الأصل منقولا ويكون التابع عقارا . وينبنى على أن الحق العيني الذي يقع على عقار يكون حقا عقاريا أن التنازل عن الرهن الرسمي يشترط لصحته أهلية التصرف في العقار ، ولا تكفى أهلية التصرف في المنقول[٢] .

١٠٤ — الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار : وتعتبر أيضاً دعوى عقارية الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار ، وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨٣ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « يعتبر مالا عقاريا .. كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » .

فالدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . وعلى ذلك تكون دعوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار أى دعوى الاستحقاق للعقار ، ودعاوى حقوق الارتفاق إيجابا ونفيا (actions confessoires, négatoires) فكلها دعاوى عقارية لأن حقوق الارتفاق لا تقع إلا على عقار ، وكذلك دعوى السكنى ودعوى الحكر دعويان عقاريتان إذ حق السكنى وحق الحكر لا يقعان إلا على عقار . وتعتبر دعوى عقارية دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال ، إذا كان الحق يقع على عقار.

والدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . فدعوى الرهن الرسمي ودعوى حق الاختصاص المرفوعتان على حائز العقار دعويان عقاريتان ، إذ لا يقع الرهن الرسمي وحق الاختصاص

---

(١) ويلاحظ أن حق الرهن الرسمي قد يقع على السفينة وهي منقول ، فيكون حقاً منقولا .

(٢) أوبري ورو ٢ ص ٣١ هامش ٤ — محمد على عرفة فقرة ٨٢ .

إلا على عقار . ودعوى رهن الحيازة ودعاوى حقوق الامتياز المرفوعة على حائز العقار تكون دعاوى عقارية ، إذا وقع حق الرهن الحيازى أو حق الامتياز على عقار .

وتعتبر دعاوى الحيازة — دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة — دعاوى عقارية ، لأنها تحمى حيازة العقار. ولذلك جعل الاختصاص فيها ، كما فى سائر الدعاوى العقارية ، للمحكمة الكائن فى دائرتها العقار .

١٠٥ — **دعوى الشفعة** : دعوى الشفعة هى الدعوى التى يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة ، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستنداً إلى عقد أو إلى ميراث أو إلى وصية ، كذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستنداً إلى حق الأخذ بالشفعة . ومن ثم كانت دعوى الشفعة ، فى رأينا ، دعوى عقارية .

وهناك رأى يذهب إلى عكس ذلك ويعتبر دعوى الشفعة دعوى منقولة ، فيقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى : « فالشفيع يستند فى طلب الشفعة إلى حق خاص خوله إياه القانون . وهذا الحق وإن يكن من طبيعة خاصة ، إلا أنه لا يمكن أن يقال بأنه حق عينى ، إذ لا سلطان للشفيع على العقار المشفوع فيه حتى يقضى بحقه فى أخذه بالشفعة . وبذلك تستبعد دعوى الشفعة بطريق الاستقصاء من نطاق العقارات ، فتكون منقولة طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٣[١] » .

والذى نراه أن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه . فهو لا يطالب بالشفعة وإلا كانت الشفعة حقا مستقلا عن حق الملكية . وقد كان اعتبار الشفعة حقا هو الذى حير بعض الفقهاء ، ودفعهم إلى التساؤل هل الشفعة حق عينى أو حق شخصى . وقد بينا[٢] أن الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، وإنما هى — كالعقد — سبب من أسباب كسب الملكية . وإذا كانت المناقشة لا تجوز فى اعتبار العقد حقا عينيا أو حقا شخصيا ، كذلك لا تجوز المناقشة

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٣٣ فى الهامش .

فى اعتبار الشفعة هذا أو ذاك . ومتى وضعنا المسألة هذا الوضع الصحيح ، وقلنا إن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة ؛ تبين فى وضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعى بملكية عقار ، فهى إذن دعوى عقارية .

ومن ثم ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى . وقد قيل فى لجنة مجلس الشيوخ ، دفاعا عن استبقاء هذا الحكم بالرغم من أنه من أحكام قانون المرافعات ، إنه أريد به دفع الشبهة فيما إذا كانت دعوى الشفعة تعتبر دعوى شخصية أو دعوى عقارية[1] . فهى إذن دعوى عقارية بصريح النص .

§ ٢ – الحقوق والدعاوى المنقولة

١٠٦ – كل الحقوق والدعاوى التى ليست عقارية تكون منقولة :

وكل الحقوق والدعاوى التى لا تكون عقارية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم تكون منقولة . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مدنى كما رأينا : « ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . فالأصل إذن ، فى الحقوق والدعاوى ، أن تكون منقولة ، ما لم تكن حقوقا عينية واقعة على عقار أو دعاوى تتعلق بحق عينى على عقار فتكون عقارية .

فتكون إذن منقولة الحقوق العينية التى تقع على منقول ، أما تلك التى تقع على عقار فتعتبر عقارية كما سبق القول . وتكون كذلك منقولة جميع الحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، منقولا كان أو عقارا أو عملا أو امتناعا عن عمل . ويعتبر منقولا بوجه خاص الإيرادات المؤبدة والمؤقتة ، والأسهم والحصص فى الشركات ، والمتاجر ، والحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية .

وتعتبر الدعوى منقولة إذا لم تكن دعوى عقارية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فيدخل فى الدعاوى المنقولة ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ودعاوى الفسخ والإبطال والرجوع .

ونستعرض الحقوق والدعاوى المنقولة على الترتيب المتقدم الذكر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩ .

١٠٧ – الحقوق العينية التي تقع على منقول : تعتبر جميع الحقوق العينية التي تقع على منقول أموالا منقولة ، سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية ، وسواء كان المنقول منقولا بطبيعته أو منقولا بحسب المآل .

فالحقوق العينية الأصلية التي تقع على منقول ، فتعتبر منقولا ، هي أولا حق الملكية . وحق الملكية يختلط بالمنقول ، كما رأيناه يختلط بالعقار ، فيخيل في النظر السطحي أن حق الملكية على منقول هو المنقول ذاته . والصحيح أن حق الملكية غير الشيء المنقول ، فحق الملكية شيء معنوى في حين أن المنقول محل الحق شيء مادى ، ومن ثم يعتبر حق الملكية على منقول حقاً أو مالا منقولا ، لاشيئاً منقولا . وبعد حق الملكية تأتى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه والتي يمكن أن تقع على منقول ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا وقعا على منقول فيعتبران من الأموال المنقولة . أما حق السكنى وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، فقد رأينا أنها لا تقع إلا على عقار ، ومن ثم تكون هذه الحقوق دائما أموالا عقارية كما قدمنا .

بقيت الحقوق العينية التبعية ، وهذه أيضاً تكون أموالا منقوله إذا وقعت على منقول . فحق رهن الحيازة وحقوق الامتياز تكون أموالا منقولة إذا وقعت على منقول . أما حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص فهذان لايقعان إلا على عقار ، ومن ثم لا يكونان إلا أموالا عقارية كما سبق القول .

١٠٨ – الحقوق الشخصية أيا كان محلها : والحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، تعتبر أموالا منقولة . والحق الشخصي يكون محله إما إعطاء شيء منقول أو عقار ، أو عملا ويدخل فيه تسليم منقول أو عقار ، أو امتناعا عن عمل .

وظاهر أن الحق الشخصي إذا كان محله إعطاء شيء منقول ، أى التزاما بنقل ملكية منقول أو بنقل حق عينى عليه . كالالتزام بنقل ملكية عشرة قناطير من القطن مثلا ، فإنه يعتبر مالا منقولا .

فإذا كان محل الحق الشخصي عقارا ، كالالتزام بنقل ملكية عقار في بيع غير مسجل ، فإن الحق يكون حقا شخصيا متعلقا بعقار ، ويكون

مالا منقولا . والقانون الفرنسي على غير هذا الحكم ، فعنده أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يكون مالا عقاريا . والسبب فى ذلك عدم صراحة النصوص فى التقنين المدنى الفرنسي ، فالمادة ٥٢٦ مدنى فرنسي تجعل الحق العينى الواقع على عقار مالا عقاريا ، والمادة ٥٢٩ مدنى فرنسي تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولا ، وقد أغفلت هذه النصوص الحق الشخصي المتعلق بعقار فانفتح باب الاجتهاد فيه ، والرأى السائد هناك أنه مال عقاري[١] . أما التقنين المدنى المصرى فنصوصه أكثر صراحة ، إذ هو قد اعتبر فى المـــادة ١/٨٣ مدنى الحق العينى الواقع على عقار مالا عقاريا ، واعتبر فى المادة ٢/٨٣ مدنى ما عدا ذلك من الحقوق — ويدخل فيها الحق الشخصي سواء تعلق بمنقول أو بعقار — مالا منقولا[٢]. ويكثر فى القانون المصرى أن يوجد الحق الشخصي المتعلق بعقار ، وخير مثال له الالتزام بنقل ملكية العقار المتولد عن عقد البيع غير المسجل . فى هذا المثال يكون الالتزام مالا منقولا دون شك ، وذلك بالرغم من أن الالتزام إذا نفذ بتسجيل عقد البيع فإن المشترى يؤول إليه حق ملكية على عقار أى حق عقاري[٣] .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩ — ديمولومب ٩ فقرة ٣٧٢ — فقرة ٣٧٦ — بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٩٦ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٨٦ — وكان مقتضى أن يكون الحق الشخصي المتعلق بعقار مالا منقولا أن تكون الدعوى المتعلقة بهذا الحق هى أيضا دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتكون إذن من اختصاص محكمة المدعى عليه لا من اختصاص محكمة العقار . ومع ذلك فإن المادة ٢/٥٦ مرافعات تنص على ما يأتى : « وفى الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه » . وكان الواجب أن تكون الدعوى ، وهى منقولة ، من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها (انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٨٧) . ولكن نصوص تقنين المرافعات لم تنسق مع نصوص التقنين المدنى ، فوقع هذا التناقض .

(٣) أما فى فرنسا فيندر أن يوجد مثل حق شخصي يتعلق بعقار ، لأن البيع غير المسجل هناك ينقل ملكية العقار المعين بالذات فى الحال فيما بين المتعاقدين ، فلا تكون هناك فترة من الوقت يقوم فيها الحق الشخصي المتعلق بالعقار حتى يقال إن هذا الحق الشخصي يعتبر مالا عقاريا وذلك قبل انتقال الملكية . فلا يبقى إلا أن نفترض أن التزاما بنقل ملكية عقار نشأ دون أن تنتقل الملكية فى الحال ، كما لو باع شخص ألف متر من أرض ذات مساحة أوسع . فلا تنتقل الملكية فى هذه الحالة إلا بعد فرز الأرض المبيعة ، وقبل ذلك يقوم التزام بنقل ملكية عقار دون أن تنتقل الملكية . ويكون هذا الالتزام فى فرنسا مالا عقاريا ، أما فى مصر فقد رأينا أنه يعتبر مالا منقولا .

والحق الشخصى إذا كان محله تسليم شىء فإنه يكون مالا منقولا ، حتى لوكان الشىء الواجب التسليم عقارا ، ومن باب أولى لوكان هذا الشىء منقولا . فالمستأجر لعقار أو لمنقول ، حقه الشخصى قبل المؤجر فى تسلم العين المؤجرة يعتبر حقا منقولا .

وإذا كان محل الحق الشخصى عملا كان الحق منقولا ، حتى لوكان مآل هذا العمل أن يخلص لصاحب الحق ملكية عقار . فالمقاول الذى يلتزم ببناء منزل قد التزم بعمل ، فيكون هذا الالتزام مالا منقولا ، ولو أن تنفيذ الالتزام يؤدى إلى قيام منزل وهو عقار تخلص ملكيته لرب العمل[1] .

وإذا كان محل الحق الشخصى امتناعا عن عمل ، كحق صاحب المتجر فى عدم منافسة البائع له ، كان هذا الحق هو أيضاً منقولا .

١٠٩ — الإيرادات المؤبدة المؤقتة : تقدم بحث الإيرادات المؤبدة أو الدخل الدائم فى الجزء الخامس من الوسيط[2]. ورأينا أن الصورة الغالبة فى الدخل الدائم هى ما تعقده الدولة من قروض داخلية ، فتعقد الدولة قرضاً فى صورة سندات تصدرها متساوية فى قيمها الاسمية . فيكتتب المقرض فى السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند على أن يتقاضى منها دخلا سنويا هو الفائدة التى تحدد الدولة سعرها .

وسبق أيضاً أن بحثنا الإيراد الموقت أو المرتب مدى الحياة فى الجزء السابع من الوسيط[3] . ورأينا أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدى إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض ، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية . ورأينا كذلك أن المرتب مدى الحياة ، على خلاف المرتب الدائم ، لا يبقى إلا مدى حياة من رتب الإيراد على حياته ، فإذا مات هذا انقضى المرتب . وفى جميع الأحوال يكون المستحق للمرتب دائنا للملتزم بالمرتب بحق شخصى ، محله عادة مبلغ من النقود .

وهذه المسائل قد سبق بحثها بالتفصيل ، فلا نعيد بحثها هنا . وإنما أشرنا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤ ص ٩٧ .

(٢) فقرة ٢١٩ وما بعدها .

(٣) فقرة ٥١٦ وما بعدها .

إليها هذه الإشارة الموجزة لنقرر أن الحق الشخصى الثابت لصاحب الدخل الدائم ، أو الثابت للمستحق للمرتب مدى الحياة ، إنما هو مال منقول ، شأنه فى ذلك شأن سائر الحقوق الشخصية .

وهذه المسألة على وضوحها لم تكن على هذا القدر من البساطة فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كان هذا القانون يعتبر الدخل الدائم مالا عقاريا لأهميته ، إذ كانت صفة العقار أو المنقول تتوقف فى بعض الحالات على أهمية المال[١]. فأراد التقنين المدنى الفرنسى أن يرد الأمور إلى وضعها الصحيح ، وأن يعتبر كل إيراد ، سواء كان دائما أو مرتبا مدى الحياة ، مالا منقولا . فنص صراحة فى الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢٩ منه على أن « يعتبر أيضاً منقولا ، بحكم تعيين القانون ، الإيرادات الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » .

١١٠ – الأسهم والحصص فى الشركات : نصيب الشريك فى شركات الأموال (الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم) يحسب بالأسهم (actions) ، أما نصيب الشريك فى شركات الأشخاص (شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسئولية المحدودة والشركات المدنية) فيحسب بالحصص (intérrêts) .

ولو لم تكن الشركة شخصا معنويا ، لكان مالها مملوكا مباشرة للشركاء ، ولكان للشريك حق ملكية فى الشيوع على هذا المال بقدر نصيبه . ولكان يترتب على ذلك أن حق الملكية هذا وهو حق عينى إذا وقع على منقول للشركة يكون مالا منقولا ، أو وقع على عقار يكون مالا عقاريا . وتكون النتيجة المترتبة على ذلك أن الأسهم والحصص تكون أموالا منقولة أو أموالا عقارية بحسب طبيعة مال الشركة ، فما وقع منها على منقول يكون منقولا ، وما وقع منها على عقار يكون عقارا[٢] .

ولكن الشركات جميعا ، التجارية والمدنية ، لها شخصية معنوية مستقلة

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٣ .

(٢) وهذا هو الحكم فى شركات الخاصة ، إذ ليست لهذه الشركات شخصية معنوية ، فيعتبر مال الشركة ، عقارا كان أو منقولا ، مملوكا مباشرة للشركاء .

عن شخصية الشركاء . وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وإنما يملكه ذلك الشخص المعنوى الذى تتمثل فيه الشركة ، ويكون بالنسبة إلى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذى بسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وإنما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها مادامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم فى مال الشركة بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست إلا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة ، ومادامت حقوقا شخصية فهى أموال منقولة ، حتى لوكانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويترتب على أن السهم أو الحصة فى الشركة هو حق شخصى منقول نتائج نذكر منها :

١ – أن صاحب السهم أو الحصة إذا تصرف فيه ، فإنما هو يتصرف فى منقول لا فى عقار . ويراعى ذلك فى تحديد أهليته للتصرف ، أو فى تحديد مدى ولايته إذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .

٢ – تتم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .

٣ – يستطيع الولى أن يشترى أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من إجراءات قررها القانون ، لأنه إنما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور.

٤ – الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز العقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وإنما يحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجز المنقول إذا كانت لحاملها .

٥ – إذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل فى هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصى من أسهم وحصص فى الشركات .

٦ – إذا كان فى مال الشركة عقار ، لم يجز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هى التى تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن

العقار مملوك للشركة لا للشريك . وليس للشريك إلا حق شخصى منقول ، لا يجوز رهنه رهنا رسميا ولا يجوز أخذ حق اختصاص عليه[١] .

١١١ — المتاجر : يعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعة من المال (universalité) تشتمل على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . ومجموع هذا كله ، ويشمل ملكيات غير مادية من صناعية وأدبية وفنية ، يمكن أن يطلق عليه الملكية التجارية .

وقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل صدور قانونى أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ ، أن المتجر وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن عناصرها المادية وغير المادية ، وتفنى فيها هذه العناصر حتى ليصبح المتجر مالا ذا كيان مستقل ، وهو مال منقول غير مادى[٢] . فأجازا بيع المتجر فى مجموعه بما يشتمل عليه من عناصر ، كما أجازا رهنه على هذا النحو . ثم أتت تشريعات أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ تؤكد هذا المعنى .

وفى مصر صدر قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز كما فى فرنسا بيع المتجر ورهنه ، تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : « ولئن ساغ أن يخضع المحل التجارى لنفس الأحكام التى تسرى على الأموال المنقولة الأخرى قبل أن تبدو فى البلاد بوادر نهضتها التجارية والصناعية ، فإن الظروف المتصلة بهذه النهضة قد اقتضت تغييراً كليا فى الفكرة المعروفة عن المحل التجارى ، حيث أصبح يعتبر مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية مقومات غير

---

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وشوفو فقرة ١٣٧ — فقرة ١٣٨ — پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١١٥ .

(٢) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ وما بعدها — إسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٤٩ وما بعدها — پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١١ — ص ١١٢ — نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٥١ — باريس ٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٤٣٧ — ٢ نوفبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ١٩٦ — ٢٣ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢٠ — ٩٧ .

مادية لها المكان الأول فى المعاملات ، وهى العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج ، وما إلى ذلك من حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة بالمحل . ولما كانت أحكام التشريع الحالى لا تساعد على نمو النهضة التجارية والصناعية ، وتقف حجر عثرة فى سبيل التسليف الصناعى الذى يعتبر من أهم العوامل فى نمو الصناعة ، بل هو من مقومات حياتها وازدهارها ، فقد روئى ضرورة تعديل التشريع الحالى بما يكفل : (١) تنظيم حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم دفع الثمن صيانة لحق البائع ، مع المحافظة على حقوق الدائنين الآخرين . (٢) إباحة رهن المحل وما يشتمل عليه من مهمات وآلات رهنا تأمينيا تبقى معه فى حيازة صاحبها ، اقتداء بما سارت عليه الشرائع الأجنبية الحديثة (فرنسا – بلجيكا – اليونان) . ويرمى المشروع المرافق إلى تحقيق هذين الغرضين » .

ونرى من ذلك أن المتجر فى مصر ، كما هو فى فرنسا ، يعتبر مجموعا يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية . ولما كان الحق هنا حقا عينيا يقع على مجموع من المال أى على شىء غير مادى ، فإنه يصبح مالا منقولا . ذلك أن المال العقارى يجب أن يكون حقا عينيا يقع على عقار مادى ، وما عدا ذلك فهو منقول كما سبق القول . فالمتجر إذن يعتبر مالا منقولا غير مادى .

وهو كمنقول غير مادى لا يخضع للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، لأن هذه القاعدة لا تخضع لها إلا المنقولات المادية . وهو أيضاً ، خلافا للمنقولات المادية ، يمكن رهنه دون أن تنتقل حيازته من مالكه إلى الدائن المرتهن . وهذه الخاصية من أهم خصائصه ، ومن أجلها بوجه خاص وضع تشريع سنة ١٩٤٠ فى مصر تيسيرا للائتمان التجارى والصناعى كما ورد فى المذكرة التفسيرية على ما رأينا . ولكن المتجر ، كمنقول ، لا يجوز أن يتقرر عليه حقوق ارتفاق ولا تقبل فى شأنه دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، فكل هذا لا يجوز إلا فى العقار[١] .

هذا ومع أن المتجر مجموع من المال ، إلا أن هذا المجموع لا يتمتع

---

(١) محسن شفيق ١ فقرة ٥٨٣ – محمد على عرفة ١٠٦ ص ١٢٥ .

بالشخصية المعنوية . فهو فى ملك صاحبه كمجموع منقول غير مادى ، ولكنه لا يكوّن ذمة مالية مستقلة ، بل يدخل فى عموم الذمة المالية لصاحب المتجر. ومن ثم فلجميع الدائنين الشخصيين لصاحب المتجر التنفيذ على المتجر ، حتى لو لم يكونوا دائنين للمتجر بالذات[1].

١١٢ — الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية : سنعرض بالتفصيل للأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها ، وعندئذ نكيف حق المؤلف والفنان والمخترع ونحو ذلك لنرى أى نوع من الحقوق هو .

وأياكانت طبيعة هذا الحق ، فإنه فى جميع الأحوال يقع على شىء غير مادى ، ومن ثم يكون مالا منقولا ، شأنه فى ذلك شأن المتجر فيما قدمناه . ذلك أنه حتى يكون عقارا يجب أن يكون حقا عينيا واقعا على عقار ، وهو لا يقع على عقار بل على شىء غير مادى كما قدمنا ، ومادام ليس عقارا فهو إذن منقول[2] .

ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٣ مدنى ، فقد جاء فيها ما يأتى : « يعتبر مالا منقولا جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشىء منقول بما فى ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، والحقوق المتعلقة بشىء غير مادى أى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وماشابهها »[3].

١١٣ — الدعاوى المنقولة — دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع — دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن : أما الدعاوى المنقولة فهى الدعاوى غير المتعلقة بحق عينى على عقار ، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق

---

(١) انظر فى هذا المعنى ريبيز فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ – إسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٨ ص ١١٢ – وانظر مع ذلك فى أن للمتجر شخصية معنوية Valéry فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٢ ص ٢٠٩ – ص ٣٠١ –Papp فى الطبيعة القانونية للمتجر رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ – Crémieu فى المتجر كمجموعة قانونية فى لة المتاجر سنة ١٩٣٥ ص ٣١١ – تعليق شوفو فى المتجر كذمة مالية بالتخصيص دالوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ .Chr ص ٩٧

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول و يبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١٣ – محمد على عرفة فقرة ١٠٤ ص ١٢٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ – ص ٤٧١ .

عينى على عقار هى دعاوى عقارية كما قدمنا[١] ، فكل ما عداها تكون دعاوى منقولة .

فالدعوى المتعلقة بحق عينى على منقول ، بما فى ذلك حق الملكية ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الاستحقاق للمنقول ، ودعاوى حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا كان الحق يقع على منقول . كذلك تكون دعوى منقولة دعوى رهن الحيازة على المنقول ، ودعوى حق الامتياز على المنقول .

والدعوى المتعلقة بحق شخصى ، سواء تعلق الحق بعقار أو بمنقول ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الالتزام الشخصى بنقل ملكية أو بنقل حق عينى ، سواء تعلق ذلك بمنقول أو بعقار ، ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار ، ودعوى الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

ومن أمثلة دعاوى الالتزام الشخصى بنقل ملكية عقار دعوى صحة التعاقد فى بيع العقار ، فهذه تكون دعوى منقولة ولو أن البيع يقع على عقار. ذلك أن دعوى صحة التعاقد تقوم على الأساس القانونى الآتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما بتمكين المشترى من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ العينى (م ٢١٠ مدنى) . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشترى من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينيا فى عقد بيع صحيح نافذ[٢] . وإذا كانت دعوى صحة التعاقد دعوى منقولة ، فمن باب أولى تكون دعوى صحة التوقيع دعوى منقولة . ذلك أن المشترى فى دعوى التوقيع يقتصر على المطالبة بأن يقر البائع بأن ورقة البيع العرفية هى بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه[٣] ، فهى ليست بدعوى حق عينى على عقار ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٨٨ هامش ٢ – وقد نص قانون تنظيم الشهر العقارى (م ٢/١٥) على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » . ويترتب على تسجيلها « أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى » .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٤٩٧ .

ومن ثم تكون دعوى منقولة . ويترتب على ذلك أن كلا من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تكون من اختصاص محكمة المدعى عليه ، لا من اختصاص محكمة العقار[١] .

وكذلك تعتبر دعوى منقولة دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ولو أن المبيع يكون دائما فى هذه الدعوى عقارا مملوكا لغير كامل الأهلية . ذلك أن البائع فى هذه الدعوى إنما يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع ، فهو يطالب بمبلغ من النقود ، ودعاوى المطالبة بمبالغ من النقود تكون دائما دعاوى منقولة[٢] .

١١٤ — دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع : فى هذه الدعاوى لا يطالب المدعى بحق شخصى ولا بحق عينى ، وإنما هو يطالب بفسخ عقد كبيع عقار لم يدفع فيه الثمن ، أو بإبطال عقد يقع على عقار بسبب نقص الأهلية أو عيب فى الرضاء ، أو بالرجوع فى عقد كالرجوع فى عقد هبة عقار حين يمكن الرجوع . وقد ورد فى شأن هذه الدعاوى نص غامض فى التقنين المدنى الفرنسى ، يقضى بأن « الدعاوى التى ترمى إلى استرداد عقار » (les actions qui tendent à revendiquer un immeuble) تكون دعاوى عقارية (م ٥٢٦ مدنى فرنسى) . ويفسر هذا النص فى فرنسا بأن المقصود منه هو دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع فى عقود واقعة على عقار[٣] .

أما فى التقنين المدنى المصرى ، فهذه الدعاوى ليست دعاوى عقارية لأنها لا تتعلق بحق عينى واقع على عقار ، فلا مناص إذن من اعتبارها دعاوى

---

(١) هذا وقد ورد فى الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ ما يأتى : « ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التى يقع فيها العقار كالدعاوى العينية ، أو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات — استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) » . وقد جرينا فى هذا القول على حكم تقنين المرافعات (م ٢/٥٦) وعلى حكم القضاء قبل صدور التقنين المدنى الجديد . والصحيح أنه بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، وهو متعارض مع تقنين المرافعات كما قدمنا ، أصبحت دعوى صحة التعاقد من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها دون محكمة العقار (انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٨٨ ص ١١٠) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ ص ٩٢ — محمد على عرفة فقرة ٨٩ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

منقولة طبقا لنص المادة ٢/٨٣ مدنى[1] . وإذا كان القضاء المصرى قد تردد فى عهد التقنين المدنى القديم[2] . فلا مجال للتردد فى ظل التقنين المدنى الجديد، ففيه نص صريح يقضى بأن جميع الدعاوى التى لا يطالب فيها بحق عينى على عقار تكون دعاوى منقولة (م ٢/٨٣ مدنى) .

المبحث الثانى

الحق العينى

المطلب الأول

خصائص الحق العينى

١١٥ — خصائص الحق العينى ترجع إلى أن هذا الحق هو سلطة مباشرة للشخص على شىء معين : قدمنا أن الحق العينى هو سلطة مباشرة للشخص على شىء معين ، ومن هذا الوضع نستمد أهم خصائص الحق العينى :

١ — فلأن الحق العينى هو سلطة مباشرة للشخص على شىء معين ، كان محل الحق العينى هو البارز فى حين أن المدين بالحق العينى يختفى .

٢ — ولأن الحق سلطة على الشىء ، أمكن لصاحبه التخلى عن الشىء إذا أراد التخلص من الالتزامات العينية الواجبة عليه بحكم ملكيته للشىء .

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٩٠ — وقارن محمد كامل مرسى ١ ص ٩١ وص ٩٢ .

(٢) فقد قضت محكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، بأن الدعوى التى يطلب فيها فسخ عقد بيع أو الحكم بباقى الثمن هى دعوى عينية شخصية يجوز رفعها أمام المحكمة التى فى دائرتها العقار المبيع (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٢ ص ١٣٦) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن الدعوى المقامة ببطلان عقد بيع عقار ما ومحو ما يترتب عليه من تسجيلات هى دعوى عينية يجب رفعها إلى المحكمة الكائن فى دائرة اختصاصها محل العقار المذكور (استئناف أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٣) . وقضت أيضاً بأن الطلب ببطلان عقود البيع يستند إلى حقين ، أحدهما شخصى مستفاد من العقود المطلوب بطلانها ، والثانى عينى أساسه الحق العينى الذى يسترده رافع الدعوى كنتيجة لانحلال تلك العقود (استئناف أسيوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٢٠٥ ص ٦٣٣) .

٣ – ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن أن تقوم الحيازة المادية فى الحقوق العينية .

٤ – وهذه السلطة على الشيء تمكن صاحب الحق العينى من تتبعه فى أى يد كان الشيء .

٥ – وكذلك تمكن هذه السلطة صاحب الحق العينى من التقدم على غيره فى الشيء محل الحق .

ونستعرض تباعا هذه الخصائص الخمس ، وهى من أهم خصائص الحق العينى .

١١٦ – محل الحق العينى هو البارز أما المدين بالحق فيختفى : سبق أن قررنا[1] أن « المهم فى الحق العينى ليس هو تعيين المدين ، إذ لا مدين فى الحق العينى كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عينى إلا على شيء معين بالذات . أما المهم فى الحق الشخصى فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصى بشيء غير معين إذا كان قابلا للتعيين ، وإنما المهم فى الحق الشخصى هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصى إلا بمدين يترتب فى ذمته الالتزام » . ولما كان تعيين المحل هو أمر جوهرى فى الحق العينى ، فإنه لا يتصور قيام حق عينى دون أن يتعين محله . ومن ثم لا يمكن أن نتصور مالكا لشيء مستقبل ، أو لشيء غير معين بالذات على أن يعين فيما بعد . وكل ما يمكن تصوره فى هذا الصدد أن يكون الشخص دائنا – لا مالكا – بشيء مستقبل أو بشيء غير معين بالذات ، ففى الدائنية (أى فى الحق الشخصى) لا يهم أن يكون المحل معينا بالذات وإنما المهم أن يكون المدين هو المعين بالذات[2] ، وهذا على خلاف الحق العينى فيما قدمناه .

كذلك يختلط الحق العينى بمحله المعين بالذات ، ويشاركه فى قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة ، فهو حق مطلق يحتج به على الجميع (erga omnes) . وهذا بخلاف الحق الشخصى فهو حق نسبى إذ هو رابطة بين شخصين ، فلا يحتج به فى الأصل إلا على هذين الشخصين[3] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣ – كاربونييه ص ٣٦ .

(٣) كاربونييه ص ٣٦ .

١١٧ — التخلي عن الشيء في الحق العيني : وإذا أصبح صاحب الحق العيني ملتزما بالتزامات عينية بسبب هذا الحق العيني ، فإنه يستطيع التخلي (déguerpissement, délaissement) عن حقه فيتخلص بذلك من هذه الالتزامات العينية[1] ، في حين أن هذه الالتزامات العينية لو كانت التزامات شخصية لم يكن يستطيع أن يتخلص منها حتى بالتخلي . ذلك أن الالتزام الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، فالمدين لا يستطيع أن يتخلص من هذه الرابطة إلا برضاء الدائن ولو تخلى عن الشيء الذي يتعلق به الالتزام الشخصي . أما الحق العيني فسلطة للشخص على الشيء ، فيجوز لصاحب هذه السلطة أن يتخلى عنها بإرادته وحده ، ومتى تخلى عنها فقد زال سبب وجوب الالتزامات العينية ، ومن ثم يتخلص منها[2] كما سبق القول .

١١٨ — الحيازة في الحق العيني : والحق العيني قابل للحيازة المادية ، وبخاصة حق الملكية ، إذ يحوز صاحب الحق الشيء محل الحق حيازة مادية وتكون هذه الحيازة هي عنوان السلطة القانونية التي يباشرها صاحب الحق على الشيء . ومن أجل ذلك أمكن أن يتملك الشخص الحق العيني بالتقادم ، فإن هذا الحق قابل للحيازة المادية ، فمتى انقضت المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق . أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين ، فحيازته إذا أمكن تصورها ، فإنها تتصور على نحو آخر غير النحو الذي تتصور عليه الحيازة المادية للحق العيني . ذلك أن حيازة الحق الشخصي إنما تكون لا بموجب حيازة مادية حقيقية ، بل بموجب أن يظهر الشخص مظهر صاحب الحق الشخصي فيستعمله كما لو كان هو صاحبه حقيقة . ومن ثم لا يتملك الحق الشخصي بالتقادم ، فإن التقادم يقتضي حيازة مادية[3] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧ — وقد سبق لنا تعليل عدم إمكان كسب الحق الشخصي بالتقادم تعليلا آخر في الجزء الأول من الوسيط ، فقلنا : « ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيازة ترد على —

١١٩ — التتبع فى الحق العينى : صاحب الحق العينى يتتبعه ، ليس فى يد المالك فحسب ، بل أيضاً فى يد أى شخص آخر انتقلت إليه الملكية من المالك ، وهذا ما يسمى *بحق التتبع* (droit de suite)

ففيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، لا يتصور أن يتتبع حق الملكية فى يد من انتقل إليه هذا الحق ، إلا إذا قيل إن حق التتبع يستعمل هنا إذا انتقلت حيازة الشيء ، لا ملكيته ، فعند ذلك يستعمل المالك حق تتبعه تحت يد من انتقلت إليه الحيازة[1] . ولكن استرداد المالك الشيء من تحت يد الحائز ليس فى الواقع من الأمر استعمالا لحق التتبع ، بل هو استعمال مباشر لحق الملكية ذاته فى صورة دعوى الاستحقاق المألوفة . وإنما يظهر حق التتبع فيما عدا حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . فإذا كان لشخص حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإنه يستطيع أن يستغل حقه العينى ، لا تحت يد مالك العين فحسب أى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به ، بل أيضاً تحت يد من تنتقل إليه ملكية العين من هذين . فيتتبع صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق حقه تحت يد مشترى الرقبة فى حالة حق الانتفاع ، أو تحت يد مشترى العقار المرتفق به فى حالة حق الارتفاق .

ويظهر حق التتبع فى وضوح أكبر فى الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز . فالدائن المرتهن أو ذو الحق الممتاز يستطيع أن ينفذ على العين المرهونة أو العين محل الامتياز ، ليس فحسب وهى تحت يد مالك العين ، بل أيضا إذا انتقلت ملكية العين إلى مالك آخر وهى تحت يد المالك الجديد . فهو يتتبع العين تحت يد أى شخص انتقلت إليه ملكيتها ، فى حين أنه لو كان دائنا عاديا لا رهن له ولا امتياز لما أمكنه أن يتتبع العين إذا خرجت من ملكية صاحبها ، إذ تكون بذلك قد خرجت من ملكية المدين ، أى خرجت من للضمان العام للدائن .

= كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب فى تمنع من كسب الحق الشخصى بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادرا ، فقد أغفلته الصناعة القانونية . وهى لم تغفل فى الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة اليه من ذلك ، كما نرى فى نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته » (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٦ ص ١٠٦ هامش ١) .

(١) انظر فى هذا المعنى كاربونييه ص ٣٦ – ص ٣٧ .

١٢٠ — التقدم في الحق العيني : وصاحب الحق العيني يتقدم أيضاً بحقه على من عداه من أصحاب الحقوق العينية ممن هم أنزل منه مرتبة وعلى أصحاب الحقوق الشخصية إطلاقا ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (droit de préférence) . فإذا ما اشترى شخص من شخص آخر عينا وأعسر البائع ، فإن المشترى وهو مالك العين أي صاحب حق عيني عليها يستأثر بالعين وحده ويستردها ، متقدما في ذلك على دائني البائع الشخصيين ممن ليس لهم حق عيني على العين المبيعة ، إذ خرجت العين بالبيع من ضمانهم العام[١] . وإذا ترتب لشخص حق انتفاع على عقار مملوك لغيره ، وبعد تسجيل هذا الحق رتب مالك العقار حق انتفاع آخر أو حق ارتفاق على العقار ، فإن صاحب حق الانتفاع الأول يتقدم على صاحب حق الانتفاع الثاني أو على صاحب حق الارتفاق لأنهما أنزل منه في المرتبة .

ويظهر حق التقدم ، كما يظهر حق التتبع ، في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية . فالدائن المرتهن يتقدم ، في التنفيذ على العين المرهونة وهي في يد الراهن ، على أي دائن شخصي للراهن وعلى أي دائن ذي حق عيني تبعي (دائن مرتهن آخر أو دائن له حق امتياز) متأخر عنه في المرتبة . فإذا انتقلت العين المرهونة من ملكية راهنها إلى ملكية شخص آخر ، وعليها عدة رهون متوالية ، فإن الدائن المرتهن الأول يستعمل أولا حق التتبع للتنفيذ على العين وهي في يد المالك الجديد على النحو الذي قدمناه ، ثم يستعمل حق التقدم فيتقاضى حقه من العين المرهونة قبل الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه في المرتبة .

---

(١) كاربونييه ص ٣٧ — وقارن إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية ص ٩٦ — ص ٩٧ ويورد المثل الآتي في استعمال المالك لحق التقدم : ببيع العين غير مالكها ، ويملكها المشترى إما بالتقادم القصير في العقار ، أو بالحيازة في المنقول ، أو يكون البائع هو الوارث الظاهر . فيتقدم المالك الحقيقي في هذه الأحوال على سائر دائني البائع في الثمن الذي يكون في ذمة المشترى (إسماعيل غانم في الذمة المالية ص ٩٧) . وقد رد على ذلك بأن المالك هنا لا يباشر حق التقدم ، وإنما الثمن قد حل محل العين حلولا عينيا ، وبدلا من أن يسترد المالك العين ذاتها يسترد الثمن الذي حل محلها .

المطلب الثانى

الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر

تقسيمها ومفردات كل قسم

١٢١ — خلاف فى فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر : هناك خلاف فى الرأى فى فرنسا ، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر وأنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غير التى ذكرها القانون بموجب اتفاق خاص ، وبعض آخر يذهب إلى العكس من ذلك ويقول إن الحقوق العينية المبينة فى القانون مذكورة على سبيل الحصر فلا يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غيرها باتفاق خاص .

ويلاحظ أن القائلين بأن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر يوردون على رأيهم هذا من التحفظات ما يجعل النتيجة العملية لهذا الرأى جد محدودة ، فيقتربون كثيراً من الرأى القائل بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر .

١٢٢ — الرأى الأول فى فرنسا — الحقوق العينية غير مذكوره على سبيل الحصر : يذهب هذا الرأى إلى أن الحقوق العينية التى ذكرها القانون ليست هى كل الحقوق العينية الممكنة ، بل إنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى باتفاقات خاصة ، كما يمكن باتفاقات خاصة كذلك إدخال تعديلات على الحقوق العينية التى ذكرها القانون[1] . وكل هذا إنما يكون فى حدود النظام العام والآداب ، فلا يجوز بوجه خاص إعادة الحقوق العينية التى كانت سائدة فى العهود الإقطاعية ، فهذه قد قضت عليها الثورة الفرنسية إلى غير رجعة ، والاتفاق على إعادتها يعتبر مخالفا للنظام العام[2].

---

(١) والفقه الإيطالى يذهب إلى هذا الرأى (Franchetti : Archivio giuridico vol. VII p.p. 201 - 238, 369 - 408)

(٢) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى بودرى وشوفو فقرة١٩٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ – بنكاز ٥ فقرة ٩٧ص ١٧٧ وما بعدها – مارتى ورينو فقرة ٨ – بجى فى لمة التعليم العالى البورجونية سنة١٨٩٧ ص ١٨٤ – ص ١٨٨ – بيير فى استعمال حق الملكية رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ ص ١٧٨ – برسيرو وتالير فى الإفلاس ١ ص ١١٤ .

على أن القائلين بهذا الرأى يحددون كثيراً من إطلاق رأيهم بما يبدون من تحفظات . فيذكرون أنه يتعذر الاتفاق على إنشاء حق عينى جديد يكون مستحدثا استحداثا تاما ، ولاصلة له بحق عينى معروف من قبل . ذلك أن الحق العينى من شأنه أن يحتج به على الكافة ، فلابد من شهرة لتكون له هذه الحجية . فإذا كان الحق العينى مستحدثا استحداثا تاما ، تعذر شهره من الناحية العملية . لذلك لا يتوقع إنشاء حقوق عينية جديدة ، وكل ما يمكن وقوعه هو أن يدخل الاتفاق شيئا من التحوير على الحقوق العينية المعروفة ، فيتفق المتعاقدان على توسيع حق عينى معروف أو على تضييقه[1] .

١٢٣ — الرأى الثانى فى فرنسا — الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر : ويذهب هذا الرأى إلى أن الحقوق العينية يعينها القانون ، ولا يمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو التعديل فيها[2] . وذلك لسببين : أولهما أن الحق العينى بطبيعته حجة على الناس كافة ، فلا يجوز أن ينشئ الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه ، حقا عينيا يكون حجة على الكافة . والسبب الثانى أن الحقوق العينية وعلى رأسها حق الملكية ، وكذلك تفريع حقوق عينية من حق الملكية ، سواء كانت حقوقا أصلية أو حقوقا تبعية ، كل هذا يعتبر من النظام العام إذ يقوم عليه الائتمان الاقتصادى القومى . فالقانون وحده هو الذى يحدد ذلك ، ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها ، ويفرع منها ما يرى تفريعه من الحقوق العينية . ولا شأن لإرادة الأفراد فى ذلك ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ ص ٥٥ — مارتى ورينو فقرة ٨ .

(٢) والفقه الألمانى يذهب إلى هذا الرأى (Endemann : Lehrbuch des burgerlichen Rechts II, 1905 p. 47) . وتنص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدنى الأرجنتينى صراحة على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر .

ولعل المشرع الفرنسى الحديث قد أراد حسم هذا الخلاف ، عندما أصدر قانون أول يونيه سنة ١٩٢٤ القاضى بسريان التشريع المدنى الفرنسى على الألزاس واللورين ، إذ قرر أن الحقوق العينية العقارية هى وحدها التى ينص عليها القانون الفرنسى :

(Les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française)
انظر السنهورى وحشمت أبو ستيت فى أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ ص ٣٤٠ .

وإذا سيطر سلطان الإرادة فى منطقة العقود والحقوق الشخصية ، فنى الحقوق العينية لا سلطان للإرادة ، ولا مجال للاتفاقات الخاصة بين الأفراد [١] .

١٢٤ – فى مصر الإجماع منعقد على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر : أما فى مصر فالفقه مجمع على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حقوق أخرى غير التى ذكرها القانون [٢] . ويورد الفقه المصرى الحجج الآتية للتدليل على صحة ما ذهب إليه :

أولا – لمس المشرع المصرى ، فى التقنين المدنى القديم ، العيوب التى تشوب نص التقنين المدنى الفرنسى ، فأراد تلافيها . ومن ثم أكمل تعداد الحقوق العينية فى نص المادة ١٩/٥ ، وصدر هذه المادة بعبارة توحى بأنه أراد أن يحسم الخلاف فى هذا الشأن ، فقال : « تقبل الأموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمنتفعين بها . وهذه الحقوق هى : أولا – حق الملكية . ثانيا – حق الانتفاع . ثالثا – حق الارتفاق بعقار الغير . رابعا – حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله

---

(١) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى : أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٧٢ ص ٧١ وهامش ١ (رابعا) – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٠٦ وفقرة ٣٧٨٨ – چوسران ١ فقرة ١٣٣٧ – بيدان وفواران فقرة ٧٠ – مازو ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ١٠٥٣ .

(٢) نقول إن الفقه فى مصر قد انعقد إجماعه على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر. وقد تجاوزنا فيما قررناه عن رأى ظل وحيداً فى الفقه المصرى ، هو رأى الأستاذ عبد المعطى خيال ، إذ هو يذهب إلى أن الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محصورة ، ويقول فى هذا المعنى : « والذى نراه هو أن الحقوق العينية ليست محصورة فى القانون ، وأنه يجوز للعاقدين إنشاء حقوق عينية غير المذكورة فيه . وذلك أن الحق العينى سلطة تنصب مباشرة على مال . وقد تكون كاملة شاملة كحق الملكية ، وقد تكون محدودة أضيق من ذلك نطاقا . وليس ثمة ما يمنع من تجزئة تلك السلطة الكاملة إلى غير الأوضاع التى ذكرها القانون ونظمها ، لعدم مخالفة ذلك للنظام العام ولا لحسن الآداب . أما القول بأن الحق العينى يفرض التزاما على الكافة باحترامه ، وأنه لا وجود لهذا الالتزام إلا فى الصور التى ذكرها القانون ، فقول مردود لأنه يستند إلى التصور الشخصى للحق العينى ، وهو تصور غير سليم . ثم إن القانون قد أوجب حماية حق الملكية ، والحقوق العينية الأخرى التى يمكن أن ينشئها الأفراد تكون حتما متفرعة منه . والحماية المقررة للكل تنسحب بداهة على كل جزء من أجزاء هذا الكل ، وهكذا تكون الحقوق الفرعية واجبة الاحترام ... » (عبد المعطى خيال فى الأموال – لم يتم – رقم ٩٥ ص ٨٢ – ص ٨٣) .

على دينه وحق الحبس » . ويقول الأستاذ محمد على عرفة تعقيبا على ذلك : « ويكفى – فى اعتقادنا – مجرد النظرة العابرة فى صياغة النصوص ، لنخرج بنتيجة قاطعة هى أن الحقوق العينية قد وردت فى تشريعنا على سبيل الحصر لا على سبيل المثال . وبالرغم من أن المشرع لم يورد فى التقنين الجديد نصا مقابلا للمادتين ١٩/٥ من القانون المدنى القديم ، فليس ثمة ما يدعو إلى الاعتقاد بأنه أراد الخروج على الوضع القديم »[١] .

ثانيا – أن الحق العينى ، خلافا للحق الشخصى ، يحتج به على الكافة ولا يقتصر أثره على طرفى التعاقد . ولا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق ينشئ حقا عينيا لم ينص عليه القانون ، لأن هذا الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره لا بالنسبة إلى طرفيه[٢] .

ويأخذ بعض الفقهاء على هذه الحجة أن الحق الشخصى كالحق العينى فيما يتعلق بالاحتجاج به على الغير ، إذ يوجد فى مقابل كل منهما واجب على الكافة باحترام الحق ، ولم يقل أحد إن إمكان الاحتجاج بالحق الشخصى على الكافة من شأنه أن يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يشاؤون من حقوق شخصية[٣]

---

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨ ص ٣٠ – ص ٣١ .

(٢) شفيق شحاته فقرة ١٦ ص ٣٠ – ويقول ردا على الأستاذ عبد المعطى خيال فيما سبق أن أوردناه عنه : « وقد قالوا أخيراً إن هذه الحقوق العينية يمكن الاحتجاج بها على الغير لأنها متفرعة عن حق الملكية ، والغير مطالب أصلا باحترام حق الملكية ، فلأن يطالب باحترام الحقوق المتفرعة عنه أولى . وفى هذا الاستدلال مغالطة يجب الكشف عنها . إن الذى يطلب من الكافة هو احترام حق الملكية الذى يكون مقرراً لشخص معين على صورته الكاملة . وإذا ما اقتطع جزء من هذا الحق لمصلحة شخص آخر ، وجب أن يتخذ هذا الاقتطاع صورة من الصور التى رسمها القانون . وذلك لأن الأجزاء المقتطعة ، متى أصبحت حقوقا مستقلة ، تكون هى الأخرى نافذة فى حق الكافة ومقررة لأفراد معينين . ولن يطلب بعد ذلك من الكافة احترام حق الملكية إلا على هذه الصورة المجزأة ، وباعتباره حقاً مبتوراً لا حقا كاملا . وإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يقال إن الناس يلتزمون باحترام الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ولو لم تكن متفقة مع أحكام القانون لمجرد أنها أجزاء من حق الملكية الواجب احترامه ! إن احترام حق الملكية فى هذه الصورة لا يقتضى منهم سوى عدم الاعتراف بالحقوق التى تولدت عنه ولم تكن نافذة فى حقهم . هم مكلفون فى هذه الصورة باعتبار حق الملكية باقيا على ذمة المالك ، ولا يمكن فى مواجهتهم الاحتجاج بالحقوق المتفرعة عنه التى لم تصب فى القالب القانونى الموضوع لها » (شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣١ – ص ٣٢) .

(٣) منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٦٤ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٤٨ – جميل الشرقاوى فى نظرية الحق ص ٤٥ .

ولكن هذا الاعتراض غير حاسم . فأصحاب الحجة المتقدمة لا يكتفون فى إيراد حجتهم بالقول إن الحق العينى يحتج به على الكافة ، بل هم يضيفون إلى ذلك — وهذا هو الأهم — أن الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى طرفيه . فالاتفاق على إنشاء حق شخصى ، إذا اقتصر أثره على الدائن والمدين ، فلا ضير من ذلك فإن الحق الشخصى رابطة شخصية ما بين الطرفين ، فإذا لم تكن هذه الرابطة نافذة فى حق الغير فليس على الغير احترامها . أما الاتفاق على إنشاء حق عينى جديد غير الحقوق التى ذكرها القانون ، فإنه اتفاق مقصور أثره على طرفى الاتفاق ، ومع ذلك يراد به أن ينشئ حقا يمتد أثره إلى الكافة سواء علمه الناس أو جهلوه . وإذا قيل إن الناس يفترض علمهم بالحق العينى إذ أن الاتفاق الذى أنشأ هذا الحق لابد من تسجيله أو من قيده ، أمكنت الإجابة على ذلك بأن التسجيل أو القيد لا يرد إلا على الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التى عرفها القانون وحددها .

ثالثا — أن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين آثارها أمر يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يكون الاتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة مخالفا للنظام العام فلا يجوز . ذلك أنه بالنسبة إلى الحقوق الأصلية ، يعتبر الحق العينى المتفرع عن الملكية اقتطاعا لبعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر ، وتجزئة السلطات على الشىء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا إذ هى تؤدى إلى سوء استغلال الثروة . أما بالنسبة إلى الحقوق التبعية ، ويعنينا منها الرهن بنوعيه فهو الذى ينشأ بالاتفاق ، فهذا قد وضع له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير ، وكلها قيود تتعلق بالنظام العام ، إذ هى تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادى[1] ، فيكون الاتفاق على إنشاء حق عينى تبعى دون مراعاة

---

(١) ويقول الأستاذ إسماعيل غانم فى هذا الصدد : « فبالنسبة للحقوق الأصلية ، إن إنشاء حق عينى لم ينص عليه المشرع يعنى اقتطاع بعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر على وجه يختلف عما تتضمنه الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التى عنى المشرع بالنص عليها . وتجزئة السلطات على الشىء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا ، إذ هى تؤدى إلى إساءة استغلال الثروات . ولذلك نرى المشرع قد نظم الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية تنظيما من شأنه أن يقلل من هذا الخطر ... والاتفاق على إنشاء حق عينى جديد يؤدى إلى توزيع السلطات =

هذه القيود اتفاقا باطلا لمخالفته للنظام العام(١) .

والحق أن المشرع ، عندما نظم الحقوق العينية ، إنما نظمها حقا حقا ، وأحصاها إحصاء استقصاء لا إحصاء تمثيل . فهو قد اقتطع أولا من حق الملكية سائر الحقوق الأصلية المتفرعة عنه ، وقدها على القالب الذى أراده ورآه متفقا مع المصلحة العامة . فبدأ بحق الانتفاع ، وهو أوسع الحقوق العينية الأصلية بعد الملكية ، إذ جعل للمنتفع جميع حقوق المالك فيما عدا الرقبة ، ولكنه أراد تقييد هذا الحق حتى لا يختلط بالملكية ، فجعله موقوتا حتما بحياة المنتفع ، فإذا مات هذا رجع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة والتأمت الملكية بجزئيها كما كانت من قبل . ثم عمد إلى حق الانتفاع هذا ، فضيق فيه على إحدى صورتين . الصورة الأولى هى حق الاستعمال ، وهو حق الانتفاع منقوصا منه حق التصرف فى الحق ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الحق إلا بنفسه ، ولا يصح أن ينزل عنه للغير . والصورة الثانية هى حق السكنى ، وجعله كحق الاستعمال لا يجوز النزول عنه ، وزاد فى التضييق بأن جعل حق السكنى مقصورا على عقار صالح للسكنى كما يستفاد من الاسم نفسه . ووقف المشرع عند ذلك فلم يجز أن يقتطع من حق الملكية ، باتفاق خاص بين

= على الشيء على وجه يختلف عن الوجه الذى ارتضاه المشرع ، وهو بهذا الوصف اتفاق باطل لمخالفته للنظام العام – أما الحقوق العينية التبعية ، فلا يعنينا منها هنا ، ونحن بصدد بيان مدى حرية الأفراد فى الاتفاق على إنشاء حقوق عينية لم ينص عليها القانون ، إلا حق الرهن بنوعيه ، فهو وحده الذى ينشأ بالاتفاق . وقد رأينا أن المشرع قد وضع عدة قواعد لتنظيمه ترمى إلى التوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها تضع قيودا وشروطا متعلقة بالنظام العام ، إذ هى تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادى القائم . ولذلك فإن الاتفاق على إنشاء حق عينى تبعى دون مراعاة هذه القيود أو الشروط اتفاق باطل ، لمخالفته للنظام العام » (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٤٨ – ص ٤٩) .

(١) انظر فى الفقه المصرى وهو يقول بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر : السنهورى وحشمت أبو ستيت فى أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ – محمد على عرفة فقرة ١٦ – فقرة ٢١ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٩٦ – شفيق شحاته فقرة ١٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤ – حسن كيرة فقرة ١٥ ص ٤٨ – ص ٥٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤ – سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ – إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ٤٧ – ص ٥٠ – منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٢ ص ٦٣ – ص ٦٦ – عبد الحى حجازى فى نظرية الحق ص ٦٩ – ص ٧٠ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦ – أحمد سلامة فى نظرية الحق ص ٣١٥ .

الأفراد ، حق انتفاع بالشيء دون أن يكون هذا الحق حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . ولو فعل ، لتعددت حقوق الانتفاع بالشيء إلى غير حصر ، وليس هذا فى مصلحة نظام الملكية واستقرارها . ثم أورد المشرع حق الحكر ، وقد استقاه من الفقه الإسلامى ، وصاغه بحسب قواعده . وهو حق عينى معروف فى مصر منذ القديم ، مارسته الناس فى معاملاتهم فأصبح مألوفا . ومع ذلك فقد ضيق المشرع منه بقدر الاستطاعة ، وقصره من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد على الأراضى الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى) . فلم يعد من الممكن ، باتفاق خاص ، بعد العمل بالتقنين الجديد ، إنشاء حق حكر على أرض غير موقوفة ، وهذا قاطع فى أن الحقوق العينية إنما وردت على سبيل الحصر . وقد كان مشروع التقنين المدنى الجديد ينظم حقا عينيا آخر قريبا من حق الحكر ، هو حق القرار[1]. وقد رأت لجنة مجلس الشيوخ ، وأقرها البرلمان على ما رأته ، أن تحذف حق القرار هذا[2] . أرأيت ، بعد أن حذف حق القرار من المشروع ، لو أن الأفراد أردوا أن ينشئوه باتفاقاتهم الخاصة ، أيجوز لهم ذلك ؟ لاشك فى أن هذا لا يجوز[3] ، وهذا دليل آخر قاطع فى أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر ، ولا يجوز باتفاق

---

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تبريراً لاستحداث هذا الحق ، ما يأتى : « استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالة خاصة . فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة ، يبنى فيها أو يغرس ، ولا يكفيه فى ذلك أن يستأجر الأرض فإن حق المستأجر لا يكفل له القدر الكافى من الاستقرار . ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها ، فإن الحكر تصرف خطير لا يبرره إلا أن الأرض مخربة والحكر هو الوسيلة إلى استصلاحها . فيختار الطرفان عقد القرار ليكون وسطا بين الإيجار والحكر ، وليترتب للمنتفع بالأرض حق عينى لمدة طويلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٢) وجاء فى محضر لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « تليت المواد الخاصة بحق القرار فاعترض عليها ، ورؤى أن حق القرار حق جديد على المصريين ، ولا يوجد ما يبرره فى البيئة المصرية ، ويغنى عنه حق الحكر والإيجار ... وبعد مناقشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار ، تفاديا من وضع أحكام مختلفة لصور متقاربة ، ولأن نظام الحكر فى مصر يواجه بعض الحاجة والإجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقى . وإذا وجدت بعض مصلحة فهى يسيرة ، لا تتطلب استبقاء أحكام هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٣) قارن سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ هامش ١ .

خاص إنشاء حق عينى جديد . وتأتى بعد ذلك حقوق الارتفاق . وقد قضت المادة ١٠١٩ مدنى بأن « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها . . » ، فأعطى القانون للاتفاق ما بين الأفراد هنا مجالا واسعا فى تقرير حقوق الارتفاق وفى تحديد القواعد التى تخضع لها هذه الحقوق . ولعل هذا الباب هو أوسع باب تدخل منه الاتفاقات الخاصة على الحقوق العينية ، إذ يستطاع إنشاء حقوق ارتفاق متنوعة غير محصورة بموجب اتفاق خاص . ومع ذلك فإن إنشاء حقوق ارتفاق بموجب اتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التى تحكم حقوق الارتفاق . ولا يجوز باتفاق خاص مخالفة هذه القواعد . وأول هذه القواعد أن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١/١٠١٥ مدنى) . فلا يجوز إذن أن يتقرر حق ارتفاق لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار . وإلا كان هذا حق انتفاع ووجب خضوعه لقواعد حق الانتفاع . وأهمها أن يكون حقا موقوتا حتما بحياة المنتفع . ومن القواعد الأساسية فى حقوق الارتفاق أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) .

وكذلك فعل المشرع فى الحقوق العينية التبعية . فهذه أيضاً نظمها وحصرها فى حقوق معينة لا تجوز الزيادة عليها باتفاق خاص . فحق الاختصاص إنما يكون بحكم قضائى لا باتفاق . وحقوق الامتياز إنما تنشئها نصوص قانونية ولا يجوز إنشاؤها باتفاق . بقى الرهن الرسمى ورهن الحيازة . وهذان ينشآن باتفاق خاص ، ولكن على النحو الذى حدده القانون وبموجب القواعد التى وضعها لذلك . وكل هذا يعتبر من النظام العام . لأنه ينظم الائتمان الاقتصادى ، فإذا حرم القانون مثلا أن يرد رهن الحيازة على عقار وقصر هذا الحق على المنقول . لم يجز باتفاق خاص ترتيب رهن حيازة على العقار . وهذا دليل قاطع فى أن الحقوق العينية التبعية إنما وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق جديد . وقد حرم القانون فعلا بيع الوفاء . لأنه فى العادة يستر رهنا ويخالف فى الوقت ذاته أحكام الرهن ، فلا يجوز باتفاق

خاص العودة إلى بيع وفاء ، وكل اتفاق على بيع وفائى يكون باطلا لمخالفته للنظام العام(١) .

ومن ذلك يتبين فى وضوح أن الحقوق العينية ــ أصلية كانت أو تبعية ــ قد ذكرها القانون على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق عينى جديد ، ولا التعديل من أحكام الحقوق العينية الموجودة إذ أن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام .

١٢٥ ــ تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :
ولما كانت الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر على النحو الذى قدمناه ، لم يبق إذن إلا تعداد هذه الحقوق حقا حقا . وقبل ذلك نقسمها قسمين : حقوقا عينية أصلية وحقوقا عينية تبعية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا التقسيم : « جمع المشروع فى القسم الثانى منه الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ثم قسمها بين كتابين ، للأصلية كتاب وللتبعية كتاب آخر ، لأن لكل من هذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة . فالحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج فى قيامها إلى شخص آخر تستند إليه ، وهى حقوق يغلب فيها الدوام ، بل إن حق الملكية وهو الحق الذى تتفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها ، بل تستند فى قيامها إلى حق شخصى تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعيت بالتأمينات العينية . وهى حقوق موقتة تزول بزوال الدين الذى تكفله ، والديون لا يجوز تأبيدها . وتتميز الحقوق التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها التقدم والتتبع ، وهذان لا يظهران فى الحقوق الأصلية بالوضوح الذى نراه فى الحقوق التبعية على أن صفة العينية هى التى تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية . فهذه الحقوق جميعا تشترك فى معنى واحد ، هو أن كل حق منها إذا حلل تكشف عن سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين . وقد فصل التقنين الحالى (القديم) ما بين الحقوق الأصلية ، فجعلها فى الكتاب الأول بعد أن ضم لها تقسيم الأموال ، والحقوق

---

(١) وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد الحق فى الحبس دفعا ، وكان حقاً عينيا فى التقنين المدنى القديم ، لا يجوز باتفاق خاص إعطاء صفة العينية لهذا الدفع .

التبعية ، فجعلها فى الكتاب الأخير بعنوان حقوق الدائنين بعد أن نصل عنها رهن الحيازة [١] .

ومفردات الحقوق العينية الأصلية هى أولا حق الملكية ، وهو الأصل وعنه تتفرع سائر الحقوق العينية الأصلية ، بل تتفرع عنه أيضاً جميع الحقوق العينية التبعية . ويتفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر [٢] .

أما مفردات الحقوق العينية التبعية — أو التأمينات العينية — فهى حق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، وحق رهن الحيازة ، وحقوق الامتياز.

وقد وزعنا الحقوق العينية على الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط . فخصصنا الجزئين الثامن والتاسع للحقوق العينية الأصلية : أفردنا هذا الجزء الثامن لحق الملكية . ونفرد الجزء التاسع لأسباب كسب الملكية وللحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . بقيت الحقوق العينية التبعية ومعها عقد الكفالة ، أى التأمينات الشخصية والعينية ، ونخصص لها الجزء العاشر .

الفرع الثانى

الذمة المالية والحلول العينى

١٢٦ — معنى الذمة المالية والحلول العينى : الذمة المالية هى ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظورا إليها كلها كمجموع . وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية ، ويدخل فى ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصية التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣ .

(٢) ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة فى التقنين المدنى الحقوق الثلاثة الآتية : ١ — حق المستحق فى الوقف ، فهو حق عينى غير الحق الشخصى الذى له فى تناول الغلة من الناظر (انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٧ ص ٧١٦) . وهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الخيرى . ٢ — الحق الذى يرد على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق المخترع ، وقد تناولته تشريعات خاصة سنبحثها فيما يلى . ٣ — حق استغلال المناجم والمحاجر ، وسنبحثه فيما يلى .

وانظر فى الحقوق العينية الأصلية وتبويبها فى التقنين المدنى القديم وعيوب هذا التبويب = المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤ .

بسطناها فيما تقدم ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية التي سنبسطها فيما يلي . فالذمة المالية تتصل إذن اتصالا وثيقا بالحقوق العينية والحقوق الشخصية التي سبق تفصيل القول فيها ، إذ هي تنتظم في مجموع واحد كل هذه الحقوق ، بل تنتظم أيضاً كما قلنا الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية وهي ما يدعى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية .

وتتصل بالذمة المالية فكرة الحلول العيني . والحلول العيني معناه إجمالا أن يحل مال محل مال آخر في النظام القانوني الذي يخضع له هذا المال الآخر . ويرجع ذلك ، في غير الأحوال التي نص عليها القانون أو الاتفاق ، إلى الفكرتين اللتين تقوم عليهما الذمة المالية فيما سنرى ، وهما فكرة مجموع المال وفكرة تخصيص المال لغرض معين . ومن هنا أمكن أن تتصل نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية ، وقد عالج أوبرى ورو النظريتين معا في مكان واحد ، وتبعهما الفقه الفرنسي في ذلك[1] .

ونستعرض كلا من النظريتين .

المبحث الأول

الذمة المالية(*)

(Le patrimoine)

١٢٧ — النظرية التقليدية ونقدها : وضع النظرية التقليدية في الذمة

---

(١) ينتقد بعض الفقهاء ربط نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية (حسن كيرة فقرة ٤١) ، ولكن أي مكان آخر لنظرية الحلول العيني هو أيضاً محل النظر . ومهما يكن من أمر فإن الاتصال ما بين نظرية الذمة المالية ونظرية الحلول العيني ، عن طريق فكرتي المجموع من المال والتخصيص ، يشفع في التمسك بالترتيب التقليدي .

(*) مراجع : أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٧٣ – فقرة ٥٨٣ – بيدان وفواران ٤ ص١٢– ص ٤٤– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة١٥– فقرة ٣٥ –كاربونييه ص ١ — ص ٩ .

رسائل وأبحاث : Jallu رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ – Plastara رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – Cazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ – Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ – Rimpler رسالة من باريس سنة ١٩١٠ – Laborde-Lacoste رسالة من بوردو سنة ١٩١٦ – Gary رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ – Merovach في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ وما بعدها – إسماعيل غانم رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (طبعت في سنة ١٩٥٧) .

المالية الفقيهان المعروفان أوبرى ورو ، وقد وضعاها نظرية مجردة (abstraite) قامت على المنطق المحض . وكانت قوية في بنائها المنطقى إلى درجة استرعت نظر الفقهاء فى فرنسا ، وكسبت شهرة كبيرة فى الفقه القانونى . ولكنها كانت ، وهى تقوم على المنطق المحض ، لا تبالى بما يعترض طريقها من قواعد قانونية وضعية تتعارض معها وتنقضها . لذلك كثر ناقدوها ، بل ووصل نقدها إلى حد محاولة هدمها من الأساس .

ونبدأ بعرض هذه النظرية التقليدية كما بسطها أوبرى ورو ، ثم ننتقل إلى ما قيل فى نقدها .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى الذمة المالية

١٢٨ — العناصر التى تتكون منها الذمة المالية : قدمنا أن الذمة المالية هى ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا إليها كمجموع .

ويلاحظ أن الحقوق والديون التى تتكون منها الذمة المالية يجب أن تكون ذات قيمة مالية إذ نحن هنا فى صدد المال ، ولا شأن للذمة المالية بالحقوق التى تتعلق بالشخص دون ماله .

وعلى ذلك يخرج من الذمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصفة السياسية ، وهى التى تدخل فى القانون العام لا فى القانون الخاص . وهذه هى ما عرف بتسميته بحقوق الإنسان (droits de l'homme) : حق الإنسان فى الحياة ، وحقوقه فى الحريات العامة ، وما يستتبع هذه الحقوق من واجبات تقابلها[١] . وهذه الحقوق والواجبات ليست لها قيمة مالية ، وذلك ما لم يقع اعتداء عليها ، فعند ذلك يتمثل جزاء الاعتداء فى عقوبة جنائية وهذه لا تدخل أيضاً فى الذمة المالية ، أو فى تعويض مالى وهذا التعويض هو الذى يدخل فى الذمة المالية لأن له قيمة مالية .

ويخرج كذلك من الذمة المالية الولاية على النفس ، فولاية الزوج وولاية

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٨ .

الأب وإن كانتا تدخلان فى نطاق القانون الخاص ، إلا أنهما تخرجان من الذمة المالية إذ ليست لهما قيمة مالية .

ويخرج أيضاً من الذمة المالية دعاوى الحالة المدنية (actions d'état civil) ، كدعوى الزوجية ودعوى البنوة ودعاوى النسب بوجه عام . وهذه الدعاوى فى ذاتها ليست لها قيمة مالية ، فلا تدخل فى الذمة المالية ، ولكن إذا تفرع عنها حقوق مالية كالحق فى الإرث والحق فى النفقة فإن هذه الحقوق تدخل فى الذمة المالية[1] .

ويستخلص من ذلك أن العناصر التى تتكون منها الذمة المالية هى الحقوق والديون ذات القيمة المالية ، كما قدمنا . ومن ثم يدخل فى الذمة المالية جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن[2] . ويدخل فى الذمة المالية أيضاً الحقوق الشخصية أو الالتزامات فهى قيمة مالية إيجابية من حيث إنها حقوق ، وقيمة مالية سلبية من حيث إنها التزامات[3] . ويدخل فى الذمة المالية أخيراً الحقوق المالية الواقعة على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق الفنان ، وسيأتى تفصيلها فيما يلى . أما الحق الأدبى للمؤلف فحق غير ذى قيمة مالية فلا يدخل فى الذمة المالية ، فاذا

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١٠ – ولكن يدخل فى الذمة المالية الأشياء ذات القيمة التذكارية للأسرة ، كالصور الفوتوغرافية والمخطوطات والرسائل . ولكنها لا تكون محلا للقسمة بين الورثة ، ما لم تكن ذات قيمة مالية كبيرة كالمجوهرات والأثاث ذى القيمة الفنية (بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٥٣٥ – نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨–١–٨٤) .

ويدخل فى الذمة المالية أيضاً الأشياء التى لا يجوز الحجز عليها ، لأنها تكون محلا للملكية . أما قدرة الإنسان على العمل فى ذاتها ، أى بصرف النظر عما يمكن أن تغله من قيمة مالية ، فلا تدخل فى الذمة المالية (كاربونييه ص ٢ – ص ٣) .

(٢) ويدخل فى الذمة المالية أيضاً مجرد الرخص أو الخيارات ، كخيار الشفعة وحق المالك فى إقامة بناء على أرضه وحق الشريك فى طلب القسمة (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ – شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

(٣) أما الواجب العام الذى يتحمله كل شخص فى احترام الحقوق العينية فلا يدخل فى الذمة المالية ، لأن هذا الواجب ليس التزاما بالمعنى الصحيح . فالناحية الإيجابية للذمة تشمل إذن الحقوق العينية والشخصية جميعها ، أما الناحية السلبية فلا تشمل سوى الالتزامات الشخصية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٤) .

ما اعتدى عليه ووجب التعويض أصبح التعويض ذا قيمة مالية ودخل فى الذمة المالية .

ولما كانت الذمة المالية تتكون من حقوق وديون ، فإن الحقوق هى التى تمثل القيمة الإيجابية (actif) للذمة المالية ، وتمثل الديون القيمة السلبية (passif) لها .

وهناك فكرتان رئيسيتان فى الذمة المالية : (١) اندماج عناصر الذمة المالية فى مجموع من المال . (٢) اندماج الذمة المالية فى شخصية صاحبها .

§ ١ – الذمة المالية مجموع من المال

١٢٩ — *اندماج عناصر الذمة المالية فى مجموع من المال* : وعناصر الذمة المالية ، من حقوق وديون مالية على النحو الذى بسطناه ، لا ينظر إليها ، عند تصور الذمة المالية ، على أنها عناصر منفصلة بعضها عن بعض لكل عنصر منها ذاتيته وكيانه الخاص به ، بل ينظر إليها على أنها جميعا مندمجة فى كل لا يتجزأ . فتفنى ذاتية هذه العناصر فى المجموع الذى تكوّنه ، وتصبح كلها مجموعا من المال (universalité) . ولا تدخل هذه العناصر فى هذا المجموع ، بعد أن ذابت فيه ، إلا باعتبار أنها قيم مالية مثلية يحل بعضها محل بعض فى المجموع الشامل . وبذلك ينفصل مجموع المال الذى هو الذمة المالية عن كل من العناصر المادية التى تكوّنه ، ويقوم بذاته وحدة مجردة (entité abstraite) لها كيانها المستقل عن كيان كل عنصر من عناصرها .

وعندما ننظر إلى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال منفصلا بكيانه الذاتى عن كل عنصر من عناصره ، نرى فى وضوح أن كل التغييرات التى تطرأ على هذه العناصر ، والتى يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص فى القيمة الإيجابية أو فى القيمة السلبية ، لا أثر لها فى كيان الذمة المالية ذاته الذى هو منفصل عنها . فقد تزول الحقوق ويحل محلها حقوق أخرى ، وقد تنقضى الديون وتجدُّ مكانها ديون أخرى ، وقد تزيد القيمة الإيجابية على القيمة السلبية ، بل قد تزيد القيمة السلبية على القيمة الإيجابية ، وتبقى الذمة المالية هى هى ، على حالها لا تتغير . بل إنه قد لا توجد لا حقوق ولا ديون أصلا ، ومع ذلك تقوم الذمة المالية منفصلة عن وجود الحقوق والديون وعن انعدامها

فالطفل يوم يولد وليس له مال أصلا لا من ميراث ولا من وصية ، تكون له مع ذلك ذمة مالية[1] كما سيأتى .

وهذا الاندماج فى مجموع من المال على النحو الذى بسطناه يفسر ثلاثا من المسائل الهامة : (أولا) هذا المجموع من المال الذى هو الذمة المالية هو الضمان العام للدائنين . (ثانيا) ينتقل هذا المجموع من المال ، حقوقا وديونا ، بالموت من المورث إلى الوارث . (ثالثا) تصلح فكرة المجموع من المال أساسا لنظرية الحلول العينى .

ونتناول بالبحث كلا من هذه المسائل الثلاث :

١٣٠ — المسألة الأولى — الذمة المالية هى الضمان العام للدائنين : تفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعا ، الحاضر منها والمستقبل ، ما وجد منها وقت نشوء الدين وما يوجد بعد نشوئه ، ضامنة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين . أو كما يقال عادة إن الذمة المالية هى الضمان العام لجميع الدائنين (Le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers) ، أو بعبارة أدق إن القيمة الإيجابية للذمة المالية هى ضمان للقيمة السلبية .

والذى ينفذ عليه الدائن ويبيعه على مدينه لاستيفاء الدين ليس هو الذمة نفسها ، فإن هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع كما سيأتى . وإنما ينفذ على عناصر الذمة الإيجابية ، مالا بعد آخر ، منظورا إلى هذا المال باعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية التى تضمن الدين . ويستوى فى ذلك المال الذى وجد وقت نشوء الدين وبقى فى الذمة المالية إلى وقت التنفيذ ، والمال الذى جدّ بعد نشوء الدين وبقى إلى وقت التنفيذ . ولا يقال إن هذا المال الأخير لم يكن موجودا وقت نشوء الدين فلا يضمنه إذ لم يعتمد عليه الدائن ، ذلك أن الضامن للدين هو الذمة المالية أى هذا المجموع من المال الذى تفنى فيه عناصره كما قدمنا ، فسواء وجد المال وقت نشوء الدين أو جدّ بعده ، فهو فى الحالين

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ — والحمل المستكن له هو الآخر ذمة مالية ، فإنه يجوز أن يوصى له بمال معين فتكون له حقوق مالية ، وتوجد له بذلك ذمة مالية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

عنصر من عناصر الذمة المالية وبهذا الوصف يعتبر ضامنا للدين . وعلى العكس من ذلك لا يضمن الدين المال الذى يكون قد خرج من الذمة المالية وقت التنفيذ ، حتى لو كان موجودا وقت نشوء الدين . ذلك أن هذا المال ، وقت التنفيذ ، لم يكن عنصراً من عناصر الذمة المالية فلا يضمن الدين ، حتى لو كان الدائن قد اعتمد عليه وقت نشوء للدين ، إذ ضمان الدائن إنما هو الذمة المالية بما تشتمل عليه من عناصر وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . وبذلك تكون عناصر الذمة المالية بمثابة الأشياء المثلية (choses fongibles) ما خرج منها يحل محله ما استجد .

على أن خروج المال من الذمة المالية ، ما كان منه موجودا وقت نشوء الدين وما جدّ بعد ذلك ، مشروط بعدم تعمد المدين الإضرار بحقوق الدائن ، وإلا كان للدائن الدعوى البولصية يضعها القانون بين يديه فيجعل تصرف المدين فى المال غشا غير نافذ فى حقه ، ويعتبر المال باقيا فى الذمة المالية فيستطيع الدائن التنفيذ عليه .

وكون الذمة المالية ضمانا عاما (gage commum) للدائنين لا يعنى أن للدائن حقا عينيا على الأموال التى تشتمل عليها الذمة المالية ، فكلمة «الضمان» (gage) هنا ليست مستعملة بمعناها الفنى ولا تعنى أن للدائن العادى رهنا على أموال المدين ، بل معناها أن للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء حقه . ويتساوى الدائنون جميعا فى ذلك ، فلا يتقدم الدائن السابق على الدائن اللاحق ، حتى فى الأموال التى وجدت فى الذمة المالية وقت نشوء حق الدائن الأول وقبل نشوء حق الدائن الثانى . ولا يتقدم الدائن اللاحق على الدائن السابق ، حتى فى الأموال التى لم تكن موجودة فى الذمة المالية وقت نشوء حق الدائن السابق ولو جدّت قبل نشوء حق الدائن اللاحق . وإنما يتقدم دائن على دائن آخر تبعا لما له من ضمان عينى على مال معين من أموال المدين ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، ويكون تقدمه فى هذا المال وحده[1] .

---

(١) انظر فى كل ما تقدم أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٧٩ ص ٣٣٨ – ص ٣٣٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١٢٩ .

١٣١ — المسألة الثانية — انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث :
الأصل فى القانون الفرنسى ، وهو القانون الذى ابتدعت فيه نظرية الذمة المالية ، أن الدين لا ينتقل من مدين إلى مدين آخر ، وإذا كانت حوالة الحق جائزة فإن حوالة الدين لا تجوز . ومع ذلك فإن الدين ينتقل ، بالوفاة لا فيما بين الأحياء ، من ذمة المورث إلى ذمة الوارث . ويفسر ذلك عادة بنظرية الذمة المالية . فالمورث تقوم ذمته المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، منفصلة عنه بعد أن مات . فلابد من إسناد هذه الذمة المالية إلى شخص غير المورث ، وهذا الشخص لا يمكن إلا أن يكون هو الوارث ، فهو الذى تستمر شخصية مورثه فيه ، وهو الذى يتملك تركته . وعلى ذلك تنتقل الذمة المالية للمورث بمجرد موته إلى الوارث ، فتنتقل إلى هذا حقوق المورث وديونه جميعا فى وقت واحد . وبذلك أمكن تصور انتقال الدين فى القانون الفرنسى من مدين إلى مدين آخر ، أى من المورث إلى الوارث ، بفضل نظرية الذمة المالية[1] . وهذا لا يمنع الوارث بطبيعة الحال ، وبخاصة عند ما يرى أن ديون المورث تربى على حقوقه ، أن يرفض الإرث ، أو أن يقبله بشرط فصل التركة عن ذمته المالية الأصلية (sous bénéfice d'inventaire) فيصبح بذلك غير مسئول عن ديون التركة إلا بمقدار ما تشتمل عليه من حقوق . وكالوارث ، وهو الذى تنتقل إليه حقوق المورث وديونه بموجب القانون ، الموصى له بمجموع التركة أو بجزء شائع فى هذا المجموع (ayant cause à titre universel) ، فإن هذا أيضاً فى بعض الأحوال تنتقل إليه حقوق

---

(١) أما فى مصر فقواعد الشريعة الإسلامية تقضى ، كما هو معروف ، بألا تركة إلا بعد سداد الديون . ويفسر ذلك عادة بأن ديون الميت لا تنتقل إلى ورثته ، بل تبقى فى التركة إلى أن تسدد ، والصافى من التركة بعد ذلك هو الذى يتملكه الورثة . ومع ذلك فهناك آراء فى الفقه الإسلامى ، جديرة بالاعتبار ، تذهب إلى أنه بمجرد وفاة المورث تنتقل تركته من حقوق وديون إلى ورثته ، فتصبح أموال التركة مملوكة للورثة ، كما يصبح هؤلاء مسئولين عن ديون التركة ولكن فى حدود الأموال التى آلت إليهم . فيكون وضع الورثة فى الشريعة الإسلامية كوضع الورثة فى القانون الفرنسى عندما يقبلون التركة بشرط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٢٦ — فقرة ٣٥ .

الموصى وتنتقل إليه ديونه بنسبة هذه الحقوق ، بموجب الوصية أى بموجب إرادة الوصى[١] .

١٣٢ — المسألة الثالثة — صلاحية فكرة المجموع من المال أساسا

لنظرية الحلول العينى : يذهب بعض الفقهاء[٢] إلى أن فكرة المجموع من المال تصلح أيضاً أساسا لنظرية الحلول العينى فى بعض تطبيقاتها ، فقد يجمع الشخص إلى جانب ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى ، وهذا على خلاف ما تقضى به النظرية التقليدية فى الذمة المالية من أن الشخص لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة لا تتعدد . ويأتون على ذلك بأمثلة مختلفة منها الذمة المالية للمفقود فهذه بعد مدة معينة تضاف إلى الورثة ، فإذا ما ظهر المفقود بعد ذلك استرد ذمته المالية منهم . ومنها التركة التى يستولى عليها الوارث الظاهر وتضاف إلى ذمته الأصلية ، ثم يظهر الوارث الحقيقى فيسترد التركة من الوارث الظاهر. ومنها التركة التى قبلها الورثة فى القانون الفرنسى بشرط الجرد ، فهذه ذمة مالية تضاف إلى الذمة الأصلية للوارث وتبقى منفصلة عنها إلى أن تصفى من الديون .

ففى هذه الأحوال وأمثالها ، حيث يوجد مجموع من المال هو عبارة عن ذمة مالية أضيفت إلى الذمة المالية الأصلية ، تصبح الذمة المالية المضافة ذمة قائمة بذاتها منفصلة عن الذمة المالية الأصلية . وهذا يفسر بعض تطبيقات الحلول العينى ، فأى مال يخرج من إحدى الذمتين — الأصلية أو المضافة — ويدخل فى مقابله مال آخر ، فإن المال الذى دخل يحل حلولا عينيا محل المال الذى خرج ، وذلك فى نطاق الذمة المالية التى خرج المال منها ودخل المال إليها . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الحلول العينى .

---

(١) انظر فى كل ما تقدم أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٨٢ ص ٣٤٣ وص ٣٤٥ — وفقرة ٥٨٣ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٨ .

ويترتب على استمرار شخصية المورث فى شخصية الوارث أن تنتقل جميع الديون إلى الوارث ، ويصبح السند القابل للتنفيذ فى حق المورث نافذاً فى حق الوارث ، وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث .

(٢) انظر بوجه خاص بلانيول وريبير وبيكار فقرة ١٥ ص ٢٠ وفقرة ٣٣ — فقرة ٣٤ .

§ ٢ ـ الذمة المالية وشخصية صاحبها

١٣٣ — اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها : يقيم أوبرى ورو الذمة المالية على الشخصية ذاتها . فعندهما أن هذا المجموع من الحقوق والديون الذى هو الذمة المالية لم يقم كوحدة فنيت فيها عناصرها فاستغرقتها جميعا ، إلا لأن الذمة المالية قد اندمجت فى شخصية صاحبها ، وأصبحت امتدادا لهذه الشخصية وصورة منطبعة منها . فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد ، كذلك الذمة المالية وحدة لا تتجزأ . ويقول أوبرى ورو فى هذا الصدد : « فكرة الذمة المالية تستخلص منطقيا من فكرة الشخصية ... فالذمة المالية هى مظهر الشخصية ، وهى التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا»[١] . ويقولان أيضاً : « الذمة المالية ، فى أعلى معانيها ، هى شخصية الإنسان ذاتها ، منظورا إليها فى علاقاتها بالأشياء الخارجية التى يباشر الشخص أو سيباشر حقوقا عليها »[٢] .

ولما كانت الذمة المالية هى مجموع من حقوق وديون ، ولما كان الحق لابد أن يستند إلى شخص يملكه وكذلك الدين لابد أن يستند إلى شخص يكون ملتزما به ، فالذمة المالية لابد إذن أن تستند إلى شخص يملك ما تشتمل عليه من حقوق ويلتزم بما تشتمل عليه من ديون . بل إن الذمة المالية تندمج اندماجا تاما فى هذا الشخص فلا تنفصل عنه . وقد قدمنا أن الذمة المالية تكون قائمة حتى لو زادت الديون على الحقوق ، بل حتى لو لم تكن هناك فى وقت ما لا حقوق ولا ديون[٣] . فمجرد الصلاحية لأن يكسب الشخص

---

(١) "L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité . . . Le patrimoine est l'émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle".
(أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٤) .

(٢) " . . . le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets externes sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer".
(أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ٦) .

(٣) قارن إسماعيل غانم رسالته فى الذمة فقرة ٦٢ ص ١١٤ – ص ١١٥ .

حقوقا ولو لم يكسبها بالفعل ، ولأن يلتزم بديون ولو لم يلتزم بدين ما ، بمجرد الصلاحية هذه هي الذمة المالية . وهذا مما يقرب الذمة المالية في الفقه الفرنسي من أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي[1] .

ويترتب على اندماج الذمة المالية في الشخصية نتائج ثلاث : (١) الشخص وحده هو الذي تكون له ذمة مالية ، وكل شخص له حتما ذمة مالية . (٢) الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها . (٣) لكل شخص ذمة مالية ، فلا تتجزأ الذمة المالية ولا تتعدد[2] .

١٣٤ — النتيجة الأولى — الشخص وحده هو الذي تكون له ذمة مالية وكل شخص له حتما ذمة مالية : والشخص هنا إما أن يكون شخصا طبيعيا ، أو شخصاً معنويا . وسواء كان طبيعيا أو معنويا ، فهو وحده الذي تكون له ذمة مالية . ذلك أن الذمة المالية هي مجموع الحقوق والديون ، والحقوق والديون يجب أن تستند إلى شخص طبيعي أو معنوي يكون مالكا لها أو ملتزما بها كما سبق القول . ومن ثم لا يمكن أن تستند الذمة المالية إلا إلى الشخص ، فهو وحده الذي تكون له ذمة مالية .

ومادام الشخص يكون دائما صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وما دامت الذمة المالية هي الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات كما قدمنا ، فينتج من ذلك أن الشخص بموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، تكون له حتما ذمة مالية . وليس يلزم لوجود الذمة المالية وجود الحقوق والواجبات فعلا ، فقد قدمنا أن الشخص في وقت معين قد لاتكون له حقوق أصلا وليست عليه ديون بتاتا ، وهذا لا يمنع من أن تكون له ذمة مالية في ذلك الوقت المعين بالذات[3] .

---

(١) انظر نظرية الذمة في الفقه الإسلامي في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ص ١٦ — ص ١٧ .

(٢) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ١ .

(٣) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ — وانظر آنفا فقرة ١٢٩ .

١٣٥ — النتيجة الثانية — الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها : مادامت الذمة المالية مندمجة فى الشخصية ، فهى لا تفارقها ولا تنفصل عنها . يجوز بطبيعة الحال للشخص أن يتصرف فى حقوقه التى تشتمل عليها ذمته المالية ، ولكنه يتصرف فى هذه الحقوق حقا حقا باعتبار أن كل حق قائم بذاته ، لا باعتباره عنصراً من العناصر التى فنيت فى الذمة المالية . وهو إذا تصرف فى حق من هذه الحقوق ، فليس معنى هذا أنه تصرف فى ذمته المالية ، بل إن هذه الذمة لا تنفصل عن صاحبها كما قدمنا ، وإن نقصت بعض الحقوق التى تشتمل عليها أو زالت كل هذه الحقوق[1] . فلا يجوز إذن للشخص أن يتصرف فى ذمته المالية كمجموع من المال ، بل ولا فى جزء شائع فيها كأن يتصرف فى نصفها أو فى ربعها . ومن ثم فإن التعامل فى تركة مستقبلة ، والتركة المستقبلة هى الذمة المالية منظوراً إليها بعد الوفاة ، غير جائز ، لأسباب ترجع إلى حماية المورث وترجع كذلك إلى عدم جواز التصرف فى الذمة المالية كمجموع من المال[2] .

ونتيجة أخرى يستخلصها أوبرى ورو من عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن صاحبها أن الشخص إذا وهب جميع أمواله أوجزءا شائعا فى جميع أمواله ، فإن ديون الواهب ، أو جزءاً منها مقابلا للجزء الشائع الموهوب ، لاتنتقل إلى الموهوب له . ذلك أن الواهب ، وهو يهب جميع أمواله أو جزءاً شائعا فى جميع أمواله ، لا يهب ذمته المالية نفسها أو جزءاً منها ، وإلا لانتقلت إلى الموهوب له الديون مع الحقوق ، وهذا ما لايستطيع أن يفعله لأن الذمة المالية لاتقبل الانفصال عن صاحبها . فهو إذن يهب أمواله مالا مالا باعتبار أن كل مال قائم بذاته لا عنصر قد فنى فى الذمة المالية ، والموهوب له يعتبر خلفا خاصا لكل مال معين بالذات من هذه الأموال ، ولا يعتبر خلفا عاما لمجموع من الأموال كما هو الأمر بالنسبة إلى الوارث الذى يرث الأموال والديون فى وقت واحد[3] .

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ — پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١٦ ص ٢١ .

(٢) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٧ — ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ١٨ .

١٣٦ — النتيجة الثالثة — لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تتجزأ الذمة المالية ولا تتعدد : ذلك أن الذمة المالية تندمج فى الشخصية ، فتستعير منها خصائصها . والشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . وقد رأينا أن الذمة المالية تنصب فيها جميع الحقوق وجميع الديون ، فتصبح هذه جميعا كلا لا يتجزأ[1] . وقد سبق أن قررنا أن كل شخص له حتما ذمة مالية ، والآن نقرر أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة . ولا يمكن للشخص أن يجزئ هذه الذمة إلى ذمم متفرقة ، كما لا يجوز له أن يضيف إلى ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى مع بقاء الذمتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى فتتعدد بذلك الذمة المالية .

ويعد أوبرى ورو وجود ذمة مالية مضافة إلى جانب الذمة المالية الأصلية — وقد وردت نصوص تشريعية تقضى بذلك وأتينا ببعض الأمثلة على الذمة المالية المضافة[2] — أمراً استثنائيا . وفى غير هذه الحالات الاستثنائية لا يجوز للشخص ، حال حياته ، أن يجزئ ذمته المالية ، فيجعل بعض الدائنين يختصون بجزء منها والدائنين الآخرين يختصون بالجزء الآخر[3] .

المطلب الثانى

نقد النظرية التقليدية فى الذمة المالية

١٣٧ — نوعان من النقد : بقيت نظرية أوبرى ورو التقليدية فى الذمة المالية سائدة فى الفقه الفرنسى مدة طويلة ، وقد أجمع هذا الفقه على أن هذه النظرية قد قامت على منطق محكم الحلقات ، وأنها من أقوى النظريات الفقهية بناء وحسن سبك .

ولكن الفقه أخذ بعد ذلك يعيد النظر فيما كان قد اعتاد أن يسلم به دون تمحيص ، لا سيما فى المسائل التى يفرضها منطق النظرية ولكنها تخالف الأحكام

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٣٧٩ ص ٣٦٧ وفقرة ٥٨٣ ص ٣٧٦ وما بعدها — بلانيول ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ ص ٢٤ هامش ٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١١ — ص ٣١٢ .

التشريعية الصريحة . فأخذ فريق من الفقهاء فى نقد النظرية فى بعض جزئياتها والتحوير فى هذه الجزئيات ، دون مساس بجوهر النظرية . ولكن فقهاء آخرين ذهبوا إلى أبعد من ذلك ، وهاجموا النظرية فى جوهرها ، وذهبوا إلى أنها نظرية فاسدة فى أساسها إذ تقوم على منطق يجافى الواقع ، دون أن يقوم مبرر يشفع فى بقائها فى ثوب من هذا المنطق المصطنع .

ونورد موجزاً لآراء كل من الفريقين .

§ ١ – الفريق الأول

١٣٨ – نقد النظرية فى بعض جزئياتها : هذا الفريق يعمد بوجه خاص إلى النعى على النظرية التقليدية المبالغة فى المنطق المجرد ، وإلصاق الذمة المالية بالشخص حتى اختلطت به وكادا يصبحان شيئا واحدا . ثم يزحزح الذمة المالية عن الشخصية ليقيمها على فكرة التخصيص لغرض معين (affectation à un but déterminé) ، وبذلك يتمكن من القول بجواز تعدد الذمة المالية وبجواز انفصالها عن صاحبها . ولكنه مع ذلك يبقى الذمة المالية مستندة إلى الشخص ، فلا يجوز أن تقوم دون صاحب تستند إليه

فهذه مسائل متعددة ، نعرض لها واحدة بعد الأخرى .

١٣٩ – المبالغة فى ربط الذمة المالية بالشخصية : يقول نقاد النظرية التقليدية إنها نظرية ذات صبغة مصطنعة ، تقوم على منطق مجرد مغرق فى التجريد . فهى تبالغ فى ربط الذمة المالية بالشخصية إلى حد أن تخلط بينهما ، وإلى حد أن تجعل من الذمة المالية مجرد الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا هو عين الشخصية . وهذا الخلط ما بين الذمة المالية والشخصية يجب تجنبه ، فإنه من جهة يخلع على الذمة المالية خصائص لا تتفق مع الأحكام القانونية المسلم بها ، ومن جهة أخرى يؤدى إلى نتائج يحسن تفاديها وقد تفادتها فعلا كثير من الشرائع [١] .

١٤٠ – والأولى إدخال فكرة التخصيص لغرض معين فيصبح الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه سلطة فى يد الشخص : وكان الأولى أن

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ .

تجعل الرابطة التى تجمع ما بين عناصر الذمة المالية ليست هى الشخص الذى تستند إليه هذه الذمة ، بل الغرض المشترك الذى خصصت له هذه العناصر . وإذا كان صحيحا أن النظرية التقليدية على حق فيما ذهبت اليه من أن الأموال إنما ينظر إليها القانون باعتبارها مرتبطة بالغايات التى يسعى إليها الشخص ، فتقوم صلة وثيقة ما بين الذمة المالية والشخص ، إلا أن هذه الغايات مختلفة متنوعة . فقصرها جميعا على غاية موحدة ، ترد إليها كل الغايات دون تمييز بين غاية وغاية ، ينطوى على كثير من العنت ويجافى الحقائق الواقعة[١] .

وما دامت الغايات متعددة ، فإنه من الممكن أن يقتطع مجموع من الأموال من الذمة المالية الأصلية ويخصص لغاية معينة ، فيكون هذا المجموع بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية الأصلية .

فالغاية إذن ، وليس الشخص ، هى التى تربط ما بين العناصر المختلفة للذمة المالية ، وهذا هو الاتجاه الحديث الذى يسير صوبه القانون فى الوقت الحاضر[٢] . ومن ثم تصبح الحقوق مرتبطة بالغايات التى أعطيت من أجلها ، ويصبح الحق وظيفة تحقق غاية اجتماعية ، أكثر منه سلطة يعطى زمامها ليد شخص معين[٣] .

١٤١ — جواز تعدد الذمة المالية : وأول ما يترتب على التراخى فى ربط الذمة المالية بالشخصية ، وإدخال فكرة التخصيص لغاية معينة ، أن إحدى النتائج الهامة للنظرية التقليدية ، وهى أن الذمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد ، لا تصبح نتيجة سليمة . فهى لم تكن سليمة إلا لأننا أدمجنا الذمة المالية فى الشخصية ، فشاركت تلك خصائص هذه . ولما كانت الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، كذلك تكون الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . ولكن ذلك يخالف الواقع ، ويتعارض مع المسلم به من تعدد الذمة المالية فى كثير من الأحوال كما سنرى .

لذلك كان فى إدخال فكرة التخصيص لغاية معينة أكبر معين على القول

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ ص ٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٥ — ص ٢٦ .

(٣) انظر كولان وكپيتان ودى لاموانديير ١ فقرة ١٣٥ ص ١١٧ — ص ١١٨ .

بتعدد الذمة المالية ، إذ يقع كثيراً أن يتخصص مجموع من أموال الشخص لغاية معينة فيستقل هذا المجموع عن الذمة المالية الأصلية ، ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى ، وبذلك تتعدد الذمة المالية .

ومن أمثلة تعدد الذمة المالية قبول الوارث للتركة بشرط الجرد أو طلب الدائنين فصل التركة عن الذمة المالية للوارث فى القانون الفرنسى . فى هذه الحالة يكون للوارث ذمته المالية الأصلية ، وذمة مالية أخرى هى التركة التى انتقلت إليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وقد انفصلت عن ذمته المالية الأصلية . وهذا وضع يضاهى وضع الوارث فى الشريعة الإسلامية ، فالوارث تنتقل إليه ملكية أموال التركة كما تنتقل إليه الديون فى بعض المذاهب الفقهية ، ومع ذلك تبقى التركة منفصلة عن ذمة الوارث الأصلية إلى أن تسدد ديونها كما سبق القول[١] ، وبذلك تتعدد ذمة الوارث فى الشريعة الإسلامية كما تعددت فى القانون الفرنسى .

كذلك إذا وهب شخص شخصا آخر أو أوصى له بمال ، على أن يخصص هذا المال لغرض معين ، فإن المال الموهوب أو الموصى به ينفصل عن الذمة الأصلية للموهوب له أو الموصى له ، فتتعدد الذمة .

وإذا ترك مجهز السفينة السفينة والأجرة فى مقابل ما ترتب عليه من التزامات بسبب تجهيز السفينة ، فإن ثروة البحر (fortume de mer) هذه تصبح ذمة مالية منفصلة عن ذمة المجهز الأصلية .

وفى النظام المالى للزواج فى القانون الفرنسى ، يكون مهر الزوجة (dot) ذمة مالية منفصلة عن ذمتها الأصلية ، ويكون ما دخل من مالها فى الأموال المشتركة بينها وبين الزوج (communauté) ذمة مالية منفصلة كذلك عن الذمة الأصلية . وليس لهذا نظير فى الشريعة الإسلامية .

فى هذه الأحوال وأمثالها[٢] ، تتعدد الذمة المالية ، وتقوم ذمة مالية أخرى غير الذمة المالية الأصلية منفصلة عنها . ويكون لهذه الذمة المالية حقوقها

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣١ فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

التي تستقل بها وديونها التي تترتب عليها وحدها ، شأنها في ذلك شأن الذمة المالية الأصلية[1] .

١٤٢ — جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة : ونتيجة أخرى من النتائج الهامة في النظرية التقليدية ، لا تستقيم إلا إذا أدمجنا الذمة المالية في الشخصية إدماجا تاما ، فلا يجوز انتقال الذمة المالية وانفكاكها عن شخص صاحبها مادام حيا ، ومن ثم لا يجوز انتقال الذمة المالية إلى الغير حال الحياة . أما إذا جعلنا الصلة ما بين الذمة المالية والشخصية صلة متراخية ، وأقمنا الذمة المالية على فكرة التخصيص لغاية معينة ، فإنه يمكن انفكاك الذمة عن صاحبها في حال حياته ، ويمكن تبعا لذلك أن يتصرف الشخص في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، فينقلها في حال الحياة إلى شخص آخر .

والفرق بين الحالتين أنه إذا لم نجز نقل الذمة المالية في حال الحياة ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يتصرف في ماله في حال الحياة إلا إلى خلف خاص ، فينقل الحقوق دون الديون ، ولا يتصرف إلا في حقوق معينة . فإذا وهب شخص جزءاً كبيراً من أمواله ، بل إذا وهبها كلها ، فإن الموهوب له لا تنتقل إليه ديون الواهب بغير اتفاق خاص ، ويأخذ أموال الواهب خالصة من الديون . أما إذا أجزنا نقل الذمة المالية في حال الحياة ، فإنه يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، إلى خلف عام ، فتنتقل إلى هذا الخلف الحقوق والديون جميعا لأن المجموع من المال هو الذي انتقل .

ولا شك في أن إباحة التصرف في الذمة المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، حال الحياة ، من شأنه تيسير التعامل . وهذا لا يكون إلا إذا تراخت الصلة ما بين الذمة المالية والشخص ، وقامت فكرة التخصيص لغاية معينة كما سبق القول . على أنه بالرغم من أن النظرية التقليدية للذمة المالية لا تزال هي السائدة في فرنسا ، وكان من مقتضاها عدم جواز التصرف في الذمة المالية حال الحياة ، فإن هذا التصرف أجازه مع ذلك التقنين المدني الفرنسي وأجازه القضاء الفرنسي في بعض حالات استثنائية نذكرها فيما يلي :

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ .

١ – أجاز التقنين المدنى الفرنسى (م ١٠٨٢ – ١٠٨٦ وم ١٠٩٣) هبة الأموال الحاضرة والمستقبلة فى عقد الزواج المالى ، ويترتب على هذه الهبة أن يكون الموهوب له مسئولا عن الديون . ولاشك فى أن هذا تصرف حال الحياة يقع على الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٢ – أجاز التقنين المدنى الفرنسى (م ١٠٧٥ وما بعدها) قسمة المورث لأمواله الحاضرة بين ورثته عن طريق الهبة . وفى هذه الحالة يحمل القضاء الفرنسى للورثة بالديون[١] . ولاشك فى أن هذا أيضاً تصرف حال الحياة يقع على جزء من الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٣ – يعتبر القضاء الفرنسى أنه إذا وهب الشخص كل أمواله أو جزءاً كبيراً منها ، فالمفروض أن هناك اتفاقا ضمنيا على أن يتحمل الموهوب له ديون الواهب أو جزءاً منها يتناسب مع قيمة الأموال الموهوبة[٢] . ولاشك فى أن القضاء فى هذه الحالة أجاز التصرف فى الذمة المالية أو فى جزء منها حال الحياة ، بدليل أنه أوجب على الموهوب له دفع الديون .

٤ – أجاز القانون الفرنسى الصادر فى ١٩ أبريل سنة ١٩٠٩ فى شأن بيع المتجر (fonds de commerce) لدائنى البائع استيفاء حقوقهم من الثمن المستحق فى ذمة مشترى المتجر . فجعل القانون بذلك من المتجر شبه ذمة مالية قائمة بذاتها ، إذ جعل لدائنيه حقا مباشراً على ثمن المتجر وقد حل الثمن محل المتجر باعتباره مجموعا من المال ، وانتقل حق الدائنين من المتجر إلى ثمنه . وفى مصر نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على ما يأتى : « للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى ، أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد » . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية للقانون : « وأجازت المادة ٢٥ للدائنين السابقين على قيد الرهن أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها . وهذا مبدأ جديد ؛ فإنه طبقا للقواعد العامة لايترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين إلا إذا كانت

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ – ١ – ١٢٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٣ نوفبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ – ٢ – ١١١ – تولوز ٢٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ – ٢ – ١١١ – جرينوبل ١٢ مايو سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢–٢– ٢٤٠ .

محلا لوفائه » . ومعنى ذلك أنه ، من ناحية حلول الأجل ، اعتبر القانون المحل التجارى محلا لوفاء الديون الخاصة به ، وهذا ما يجعل ، من هذه الناحية وحدها ، المحل التجارى وحدة قائمة بذاتها تكون محلا للوفاء بديونها ، بحيث إذا ضعفت هذه الوحدة بقيد رهن عليها ، حلت الديون المؤجلة .

على أن الحالات المتقدمة هي حالات استثنائية ، ولا تزال القاعدة العامة فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى أنه لا يجوز التصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، وذلك ترتيبا على اندماج الذمة المالية فى الشخص[1] .

١٤٣ — بقاء الذمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة مالية دون صاحب تستند إليه : ومع ذلك عرض هذا الفريق الأول من النقاد ، وهم لا ينقدون النظرية التقليدية إلا فى بعض جزئياتها ، على أن يستبقوا النظرية فى أساسها ، من حيث مجموع المال (patimoine universalité) ومن حيث الارتباط بالشخصية (partimoine personnalité) .

فلا تزال الذمة المالية فى نظرهم مجموعا من المال تفنى فيه عناصره من حقوق وديون ، ويفسرون بهذا الأساس الضمان العام للدائنين وانتقال التركة بما تشتمل عليه من حقوق وديون من المورث إلى الوارث .

ولا تزال الذمة المالية ، فى نظرهم ، مرتبطة بشخص يكون هو صاحبها وتستند إليه . ولا يتصورون قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به ، ولا يذهبون إلى الحد الذى ذهب إليه القانون الألمانى من جعل الذمة المالية تقوم دون أن تستند لا إلى شخص طبيعى ولا إلى شخص معنوى[2] .

---

(١) وفى القانون المصرى لا يتحمل الموهوب له بدين الواهب ، إلا إذا اشترط الواهب عليه ذلك عوضا عن الهبة (م ٤٩٩/١ مدنى) .

هذا وقد تحررت التقنينات الجرمانية – التقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى – من هذا الضيق الذى لا مبرر له ، وخرجا على النظرية التقليدية فى الذمة المالية ، وأجازا تصرف الشخص فى ذمته المالية حال حياته .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٦ – ص ٢٧ – كاربونييه ص ٨ :

ويشير كاربونييه إلى نواح أخرى جديدة يمكن أن تتفتح عنها نظرية الذمة المالية ، منها الضريبة على رأس المال وعدم إجبار المدين على الكشف عن عناصر ذمته المالية والتمييز بين رأس المال والريع والقدرة على العمل وهل هى عنصر من عناصر الذمة المالية (كاربونييه ص ٨ – ص ٩) .

§ ٢ – الفريق الثانى

١٤٤ – نقد النظرية فى أساسها : أما الفريق الثانى من نقاد النظرية التقليدية ، فلايكتفون بنقد النظرية فى بعض جزئياتها ، بل هم يهدفون إلى هدم النظرية فى أساسها . ويمثل هذا الفريق تمثيلا عادلا الأستاذ إسماعيل غانم فى رسالته التى وضعها فى الذمة المالية[1] . وقد سبقه إلى نقدها فقهاء آخرون فى رسائل وضعوها لذلك[2] ، ولكن هؤلاء النقاد لا يزالون يتفقون مع النظرية التقليدية فى أن الذمة المالية هى مجموع من المال مستقل عن العناصر التى يشتمل عليها .

ويتناول الأستاذ إسماعيل غانم النظرية التقليدية فى الفكرتين اللتين تقوم عليهما ، المجموع من المال والاندماج فى الشخصية ، وينكر على كل منهما فائدتها فى استخلاص النتائج التى تستخلص منها عادة ، ويعلل هذه النتائج بأسباب أخرى بعيدة عن النظرية التقليدية . وعلى ذلك لا تعود للنظرية التقليدية أية فائدة فى نظره ، فتنهدم فى أساسها .

ونتابعه فى كل من الفكرتين .

١٤٥ – فكرة المجموع من المال : هذه الفكرة تستخلص منها النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، نتائج ثلاثا : الضمان العام للدائنين وانتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون والحلول العينى .

أما الضمان العام للدائنين فيمكن تفسيره دون الالتجاء إلى فكرة المجموع من المال . ويكفى فى ذلك أن نلجأ إلى تحليل الالتزام إلى عنصريه ، المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) ، وتمتد جذور هذا التحليل إلى القانون

---

(١) باريس سنة ١٩٥١ (وقد طبعت فى القاهرة فى سنة ١٩٥٧) .

(٢) انظر مثلا Jalla رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ص ٨٥ وما بعدها – Plastara رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – Gazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ ص ٣٦٧ وما بعدها – Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ – Raynaud رسالة من تولوز سنة ١٩٣٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

وانظر جنى فى طريقة التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ ١ فقرة ٦٧ ص ١٤١ وما بعدها – Perceron فى تصفية ديون التركة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنه ١٩٠٥ ص ٥٤٣ – ص ٥٤٧ – Marovach فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ ما بعدها .

الرومانى ، ليتركز فى النظريات الجرمانية ، دون أن يلقى رواجا فى الفقه الفرنسى . والمديونية تتعلق بالعمل أو الامتناع عن العمل الواجب على المدين نحو الدائن ، فهى رابطة بين شخصين . والمسئولية تتعلق بقدرة الدائن على اقتضاء هذا الواجب من المدين جبرا عليه ، فهى أيضاً رابطة بين شخصين. وبموجب عنصر المسئولية هذا يصل الدائن إلى أموال مدينه للتنفيذ عليها ، ولكن من خلال شخص المدين . فشخص المدين إذن هو الذى يتوسط بين ماله وبين الدائن : والدائن إنما ينفذ الدين على المدين ذاته ومن خلاله يصل إلى ماله . وكان الدائن فى القديم ينفذ الدين على شخص المدين فعلا أى على جسمه ، فيقتله أو يسترقه أو يبيعه . ثم تهذب القانون شيئا فشيئا ، حتى صار الدائن ، وهو ينفذ الدين دائما على المدين ذاته ، لا ينفذه على شخص المدين ، وإنما ينفذه على ماله ولكن من خلال شخصه . ومن ثم تكون أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ ، منظورا إليها على اعتبار أن كل مال منها قائم بذاته لا مندمج فى مجموع من المال ، مسئولة عن ديونه . ولما كان الدائن يستطيع أن يصل إلى أى مال يكون مملوكا للمدين من خلال شخص هذا الأخير مادام المال مملوكا له وقت التنفيذ ، فالعبرة إذن بملكية المال للمدين وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . فللدائن سبيل على المال المملوك لدائنه وقت التنفيذ ، ولو لم يكن مملوكا له وقت نشوء الدين وإنما استجد بعد ذلك . ولا سبيل للدائن على المال الذى كان مملوكا لمدينه وقت نشوء الدين ، مادام قد خرج عن ملكه وقت التنفيذ . ذلك أن عنصر المسئولية لا يجعل للدائن حقا على مال معين للمدين ، ولكن يجعل له حقا على شخص المدين ، ومن خلال شخصه ينفذ على ماله الذى يكون مملوكا له وقت التنفيذ . وعلى هذا النحو نصل إلى نفس النتيجة التى يراد الوصول إليها عن طريق النظرية التقليدية فى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال ، ولا نكون فى حاجة إلى تصوير أموال المدين مندمجة كلها فى مجموع معنوى لا وجود له فى الواقع . ويتيسر لنا بذلك أن نقرر القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، دون الالتجاء إلى فكرة المجموع من المال التى تقول بها النظرية التقليدية[1] .

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٢٩ وفقرة ١٨ ص ٣٥ – ص ٣٦ .

وأما انتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون ، فهذه النتيجة أيضاً لا يحتاج فيها الأستاذ اسماعيل غانم إلى الالتجاء لفكرة المجموع من المال التي تقوم عليها النظرية التقليدية للذمة المالية . وعنده أنه يكفى لتبرير ذلك أن نقول إن ديون الميت لا يجوز أن تنقضى دون وفاء ، وإلا انهدم ركن الائتمان فى التعامل وضاعت ثقة الدائنين فى مدينيهم . فيجب إذن أن تبقى هذه الديون قائمة بعد موت المدين ، ولما كان لابد لكل دين من مدين يتحمل به ، فمن ذا الذى يتحمل ديون الميت بعد موته ؟ لا شك فى أن العدالة تقضى بأن المدين فى هذه الحالة يجب أن يكون هو الوارث ، لا لأنه تستمر فى شخصيته شخصية المورث كما تقول النظرية التقليدية ، بل لأنه هو الذى تلقى أموال مورثه دون مقابل ، فمن العدل إذن أن يتحمل أيضاً ديونه . فانتقال دين المورث إلى الوارث إنما يرجع إلى اعتبارات تمت للعدالة وللثقة فى التعامل ولفكرة الدين ذاته إذ لابد من أن يكون لكل دين مدين . ومن ثم لا نكون هنا أيضاً فى حاجة إلى فكرة المجموع من المال التى تقول بها نظرية الذمة المالية لتبرير أن الدين ينتقل من المورث إلى الوارث[1] .

بقى الحلول العينى . ويقول أنصار النظرية التقليدية إن الحلول العينى مبنى على فكرة المجموع من المال ، فهذه الفكرة تؤدى إلى جعل العناصر التى يشتمل عليها المجموع بمثابة أشياء مثلية يحل بعضها محل بعض . فإذا خرج مال معين من هذا المجموع ودخل بدلا منه مال آخر ، حل هذا المال الآخر محل المال الأول حلولا عينيا . ويستعرض الأستاذ إسماعيل غانم الفروض التى قيل إن الحلول العينى فيها يتحقق فى المجموعات من الأموال ، فلا يرى لها شأنا عمليا هاما ، والخلاف فيها جد محتدم . ففى الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر ليسترد منه التركة ، إذا كان الوارث الظاهر قد باع مالا للتركة واشترى بثمنه مالا آخر ، فهناك خلاف فى الرأى ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الوارث الظاهر لا يرد هذا المال الآخر بموجب فكرة الحلول العينى ، ولكن يرد ثمن المال الذى خرج من التركة بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب[2] .

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٣٦ .

(٢) بودرى وثال فى الميراث ١ فقرة ٩٢٥ ص ٧٠٢ .

ومهما يكن من أمر ، فقل أن يعرض فى العمل هذا الفرض ، ولا توجد أحكام قضائية فى هذه المسألة . وفى دعوى استرداد المفقود بعد ظهوره حيا لأمواله من حائزها ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحائز إذا كان قد باع مالا منها واشترى به مالا آخر ، فإنما يفعل ذلك باعتباره نائبا نيابة قانونية عن المفقود ، فيسترد المفقود هذا المال الآخر بموجب أحكام النيابة لا بموجب أحكام الحلول العينى . وهذا الفرض أيضاً قل أن يعرض فى العمل ، فمن النادر جداً أن يظهر المفقود بعد أربعين عاما من غيابه ، ولا توجد هنا أيضاً أحكام قضائية . وفى دعوى استرداد الواهب من تركة الموهوب له ما وهبه إياه ، نرى نص التقنين المدنى الفرنسى (م ٢/٧٤٧) صريحا فى أن الخاضع للاسترداد هو العين الموهوبة ذاتها وليس فى هذا حلول عينى ، أو ثمنها الذى لا يزال مستحقا فى ذمة المشترى وهذا يمكن تفسيره لا بالحلول العينى بل برغبة المشرع فى تمكين الواهب عند المطالبة بالثمن من فسخ البيع إذا لم يدفعه المشترى . ويخلص الأستاذ إسماعيل غانم من هذا الاستعراض إلى القول بأن الحلول العينى لا يقوم أصلا على فكرة المجموع من المال ، وإنما يقوم على فكرة التخصيص لغرض معين. فإذا خصص مال ، سواء كان داخلا فى مجموع أو كان منفرداً ، لغرض معين ، فإن هذا المال يكون خاضعا لقواعد قانونية خاصة لتحقيق الغرض الذى خصص له المال . فإذا بيع هذا المال أو هلك ، وحل محله الثمن أو التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك من البدل ، أو حل محله شىء آخر اشترى بالبدل ، فإن الذى حل محل المال يكون مخصصا لنفس الغرض الذى كان المال مخصصا له ، وتسرى عليه القواعد القانونية الخاصة التى كانت تسرى على المال الأول ، فالحلول العينى إذن يقوم على أساس الخضوع لنظام قانونى خاص وعلى أساس فكرة التخصيص لا على أساس المجموع من المال . ويرى الأستاذ اسماعيل غانم تقديم فكرة الخضوع لنظام قانونى ، فى الحلول العينى ، على فكرة التخصيص ، فالمال أساسا يخضع لنظام قانونى خاص حتى يحقق الغرض الذى خصص له[1] . فالحلول العينى إذن لا شأن له بفكرة المجموع من المال ، ومن ثم لا محل لإقحام هذه الفكرة عليه .

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٥٨ .

١٤٦ – فكرة الاندماج فى الشخصية : ويهاجم الأستاذ إسماعيل غانم أهم نتيجتين تستخلصان من اندماج الذمة المالية فى الشخصية : عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص وعدم جواز تجزئتها أو تعددها .

أما عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص ، أى عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها فيما بين الأحياء ، فيستخلص منها أوبرى ورو بطلان التصرف فى التركة المستقبلة وعدم انتقال الديون إلى مشترى جميع الأموال الحاضرة المملوكة للبائع . والتصرف فى التركة المستقبلة يصوره أوبرى ورو أنه تصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، ولكن الأستاذ إسماعيل غانم يعارض هذا التصوير ، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ ولا ينتج أثراً إلا بعد الموت فهو إذن ليس تصرفا فيما بين الأحياء ، وبطلانه يرجع إلى اعتبارات معروفة لا شأن لها بالتصرف فى الذمة المالية . ومشترى الأموال الحاضرة المملوكة للبائع إنما اشترى أموالا معينة ولم يشتر ذمة مالية ، والأصل فى هذه الحالة عدم انتقال الديون إلا إذا اشترط خلاف ذلك ، فلا علاقة إذن لهذه المسألة بمسألة التصرف فى الذمة المالية . ويستخلص الأستاذ إسماعيل غانم من ذلك أنه لا تترتب نتائج عملية على القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فيما بين الأحياء ، ومن ثم لا حاجة للقول باندماج الذمة المالية فى الشخصية للتوصل بذلك إلى القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فى حال الحياة[1] .

وأما عدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها ، فهذه هى أضعف نقطة فى النظرية التقليدية ، لأن الذمة المالية قد تتجزأ وقد تتعدد بحسب ما يخضع له المال من نظام قانونى خاص . ويعدد الأستاذ اسماعيل غانم الأمثلة ، ويبدأ بالقانون التجارى . فى هذا القانون ، تتجزأ الذمة المالية إذا تخلى صاحب السفينة عنها للدائنين ، فعند ذلك تنفصل السفينة عن سائر أمواله ، وتتجزأ ذمته المالية إلى ذمتين . وتتعدد الذمة المالية إذا كسب المفلس ، قبل إقفال التفليسة ، مالا من عمله أو من تجارة جديدة يباشرها ، فيكون المال الذى كسبه ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية الأصلية التى خضعت للتفليسة . وفى القانون المدنى ، تتعدد ذمة الوارث المالية ، إذ ينضاف إلى ذمته الأصلية ذمة

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٧٠ .

المورث (أى تركته) ، وذلك عند ما يقبل الوارث الميراث بشرط الجرد فى القانون الفرنسى ، وعندما يعين مصفٍ للتركة فى القانون المصرى. وتتعدد ذمة الموهوب له إذا كانت الهبة مقترنة بشرط عدم التصرف فى الأموال الموهوبة، فهذه الأموال التى لا يجوز التصرف فيها تكون ذمة مالية منفصلة عن الذمة الأصلية للموهوب له . كذلك تتعدد ذمة الموهوب له أو الموصى له ، فى القانون الفرنسى ، إذا وهب أو أوصى له بمال بشرط نقل ملكيته إلى الغير (م ١٠٤٨ — ١٠٥٠ مدنى فرنسى : substitutions permises) . وتتعدد الذمة كذلك إذا وهب المال أو أوصى له به بشرط استخدامه لأغراض خيرية معينة (fondation) . والنظام المالى للزواج ، فى القانون الفرنسى ، قد يجزئ الذمة المالية . ففى نظام الاشتراك فى الأموال (régime de communauté) ، تنفصل الأموال المشتركة (biens communs) عن الأموال الخاصة بكل زوج (biens propres) . وفى نظام الدوطة (régime dotal) تنفصل أموال الدوطة (bien dotaux) عن الأموال الخاصة بالزوجة (biens paraphernaux) . فالذمة المالية إذن تتجزأ وتتعدد ، وذلك عن طريق تخصيص القانون أموالا معينة لأغراض خاصة وإخضاع هذه الأموال لنظام قانونى خاص يحقق الغرض الذى خصص له المال . وليس الشخص حراً بإرادته وحده أن يجزئ ذمته المالية أو يعددها على هذا النحو ، بل لابد من تدخل القانون فى ذلك ، فهو الذى يضع النظام الخاص للأموال التى خصصت لأغراض معينة[1] .

وإذ هدمت النتيجتان الرئيسيتان المستخلصتان من اندماج الذمة المالية فى الشخصية — عدم جواز التصرف فى الذمة المالية فى حال الحياة وعدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها — فقد انهدم الأساس نفسه الذى قامت عليه النتيجتان ، وهو اندماج الذمة المالية فى الشخصية[2] . وقد عارض الأستاذ

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٠٠ .

(٢) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٠١ ص ١٧٥ .

إسماعيل غانم من قبل ، كما رأينا ، فكرة المجموع من المال ، فلا تقوم الذمة المالية إذن فى رأيه على أى أساس[1] .

١٤٧ — إلى أى حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية فى الذمة المالية : ومهما يكن من شأن الاعتراضات التى وجهت إلى النظرية التقليدية للذمة المالية ، فليس من اليسير القول بأن هذه النظرية قد هدمت نهائيا . فهى ، فى نظرنا ، لا تزال قائمة فى أحد شقيها وهو الشق الخاص بفكرة المجموع من المال . أما الشق الآخر الخاص بفكرة الاندماج فى الشخصية ، فهنا يمكن القول بأن النظرية التقليدية أصبحت غير قائمة .

١٤٨ — بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال : لا تزال فكرة اندماج أموال المدين وديونه فى مجموع معنوى مستقل عن الأموال التى يشتمل عليها فكرة منتجة ، ولا تزال هى الفكرة السائدة حتى اليوم . والمعول الذى أريد هدمها به هو الالتجاء إلى فكرة أخرى ، فكرة تقسيم الالتزام إلى عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسئولية . وليست هذه الفكرة الأخيرة بأبسط ولا أفضل من فكرة المجموع المعنوى . هذا إلى أن كلا من الفقه الفرنسى والفقه المصرى لم يتقبل فكرة المديونية والمسئولية بالرحابة التى تقبل بها فكرة المجموع المعنوى . ولا يمكن القول بأن فكرة المديونية والمسئولية قد استقرت فى الفقه الفرنسى ولا فى الفقه المصرى ، حتى تمكن الاستعاضة بها عن فكرة استقرت وتمكنت فى كل من الفقهين ، وكاد يكون التسليم بها من الأمور البديهية . ففكرة المديونية والمسئولية فكرة مصدرها

---

(١) وهو يقول فى هذا المعنى : « والنتيجة التى يمكن استخلاصها من كل ذلك هى أن الذمة المالية ليست إلا مجرد لفظ تنحصر فائدته فى اختصاره . فبدلا من أن نقول : مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية فى وقت معين ، يكفى أن نقول : الذمة المالية للشخص » (إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٣١ — ص ١٣٢) .

انظر أيضاً فى تأييد هذا الرأى : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى فقرة ٢٣ ص ٣٤ وفقرة ٢٤ ص ٣٦ هامش ٢ — شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للحق ص ١٥٦ وما بعدها وفى نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ فقرة ٨ .

وانظر فى وجوب استبقاء نظرية الذمة المالية واستخلاص مبدأ الضمان العام للدائنين ومبدأ انتقال التركة بالوفاة من هذه النظرية : حسن كيرة فقرة ١٠ ص ٢٦ — ص ٣٢ .

الفقه الألمانى ، وكان لها فى كل من فرنسا ومصر طراوة الشىء الجديد . ولكن لم يقدر لها التمكن والاستقرار ، وقد سلم بذلك الأستاذ إسماعيل غانم نفسه(١) .

ويوجد ، إلى جانب ذلك ، سببان آخران يدعوان إلى التمسك بفكرة المجموع من المال وعدم الاستعاضة عنها بفكرة المديونية والمسئولية .

أما السبب الأول فيرجع إلى أن فكرة المجموع من المال هى الفكرة التى يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف عام وخلف خاص ، وهو تقسيم بالغ الأهمية . فالخلف العام هو من انتقل إليه المجموع المعنوى من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون ، أو انتقلت إليه حصة من هذا المجموع . أما الخلف الخاص فهو من انتقل إليه مال معين بالذات لا مجموع معنوى من المال ، دون أن تنتقل إليه الديون إلا بشروط معينة . والفرق كبير بين الخلف العام والخلف الخاص كما هو معروف ، فإذا هدمت فكرة المجموع المعنوى فعلى أى أساس يقوم إذن التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص ؟

وأما السبب الثانى فيرجع إلى أن فكرة المجموع المعنوى ، وهى الفكرة التى قامت عليها القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، لا تزال هى خير تفسير للدعوى غير المباشرة وللدعوى البولصية والدعوى الصورية ، وهى دعاوى أهميتها لا تنكر . فالدائن يكون له حق ضمان عام على أموال مدينه ، وهذا الضمان العام هو الذى يسوغ أن ينوب الدائن عن مدينه نيابة قانونية فيرفع باسمه الدعوى غير المباشرة ، وأن يجعل تصرف مدينه القائم على الغش أو على الصورية غير نافذ فى حقه ليرجع المال الذى تصرف فيه المدين إلى ضمانه العام(٢) .

---

(١) إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٤ ص ٢٣ .

(٢) ولا يعير الأستاذ إسماعيل غانم أهمية لقيام الدعاوى الثلاث على مبدأ أن أموال المدين ضمان عام للدائنين ويقتصر فى إحدى حواشى رسالته على أن يقول : « ونكاد نكون فى غير حاجة إلى القول بأن الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وغيرها من الإجراءات التحفظية المختلفة لا تقتضى أصلا قيام فكرة المجموع من المال . فى مباشرة هذه الدعاوى أو القيام بهذه الإجراءات لا يفعل الدائن أكثر من التمهيد لاستعمال حقه فى الحجز ، فتتصل هذه الدعاوى والإجراءات بعلاقة المسئولية » (إسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٣٠ هامش ١) .

وقد سبق لنا أن رددنا هذه الدعاوى الثلاث إلى فكرة الضمان العام للدائنين ، فقلنا فى الجزء —

١٤٩ – انهدام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج فى الشخصية : ولكن يمكن القول ، كما قدمنا ، إن النظرية التقليدية فى الذمة المالية قد انهدمت فيما يتعلق بفكرة الاندماج فى الشخصية . فهذا المجموع المعنوى من أموال المدين وديونه شىء مستقل عن شخصه ، وقد ينفصل عنه[1] . والنتيجتان الرئيسيتان اللتان أراد أوبرى ورو استخلاصهما من

= الثانى من الوسيط : «وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها فى ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره... أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . فى الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفى الثانية – الدعوى البولصية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف فى ماله إضرارا بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفى الثالثة – دعوى الصورية – يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله فيخرجه من الضمان العام بتصرف صورى ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبق بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه . فالدائن فى هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى فى ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهرا بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها فى فكرة الضمان العام للدائنين » (الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ ص ٩٤٠ – ص ٩٤١) .

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى هذا المعنى : « فليست الذمة المالية صفة من صفات الشخص كما قال أوبرى ورو ومن تبعهما من أنصار النظرية التقليدية . وعلى ذلك يجب استبعاد جميع النتائج التى ترتبها المدرسة القديمة على ذلك التكييف القانونى الخاطىء . أما أن الذمة المالية ليست وصفا للشخص فمفهوم حتما من قولنا إنها مجموعة من الحقوق . والغريب أن فقهاء المدرسة التسليدية يعرفونها كذلك ، ثم ينحرفون عن هذا التعريف فيقولون إن الذمة مجرد معنى فى الذهن (abstraction) وإنها الوعاء الذى تستقر فيه الحقوق والالتزامات ، وإن الوعاء قد يوجد دون أن توجد حقوق أو التزامات ، وعلى ذلك تكون الذمة وصفا اعتباريا لاصقا بالشخص ... أما أنها الوعاء الذى ينتظم الحقوق والالتزامات لا هذه الحقوق والالتزامات بعينها ، فإن هذا الوصف يؤدى بنا إلى الخلط بين فكرة الذمة وفكرة الشخصية أو أهلية الوجوب . وقد خلط الفقهاء الإسلاميون فعلا بين هاتين الفكرتين . فهم يقولون إن الذمة ظرف يستقر فيه الوجوب . وقد عرفها العز بن عبد السلام (من فقهاء الشافعية) بأنها تقدير أن الإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحقق له . فالذمة وأهلية الوجوب عندهم شىء واحد ، ولذلك يقولون إن الإنسان يولد وله =

فكرة الاندماج فى الشخصية ليستا صحيحتين كما تبين مما تقدم . فالذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها فى حال حياته ، كما أنها قد تتجزأ وقد تتعدد ، فلا محل إذن للقول باندماج الذمة المالية فى شخص صاحبها .

بل إننا نرى ، بالرغم من الرأى السائد فى الفقه الفرنسى ، أن الذمة المالية ، كما تنفصل عن صاحبها ، قد لا تستند إلى شخص ما . فيقوم مجموع من المال ذمة مالية ، لا لشخص طبيعى أو معنوى ، بل يكون مجموع المال هو ذاته الشخص المعنوى . ويتميز عن الأشخاص الطبيعية المألوفة بأنه ليس مجموعا من الأشخاص الطبيعية اندمجت فى شخص معنوى ، بل هو مجموع من المال أصبح هو نفسه شخصا معنويا . وخير الأمثلة لذلك نجدها فى الوقف، وفى المؤسسات ، وفى التركة قبل سداد الديون فى رأى من يقول بأنها فى ملك المورث حتى تسدد الديون[1] .

المبحث الثانى

الحلول العينى(*)

(La subrogation réelle)

١٥٠ – ماهو الحلول العينى : الحلول العينى بوجه عام يكون بخروج

= ذمة صالحة للوجوب له وعليه بخلاف سائر الحيوانات ، مما أدى بالبعض إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له ولا حاجة إليه فى الشرع ، وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون به عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته فى ذمته (من التلويح) » (شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٠ – ص ١١) .

(١) شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٢ – قارن مع ذلك حسن كيرة فقرة ٩ ص ٢٣ – ٢٤ .

(*) مراجع : أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٧٦–بلانيول وريبير ربيكار فقرة ٢٦ – فقرة ٣٥ – بيدان وفواران ٤ – بنكاز تكلة بودرى جزء ٣ فقرة ٣٤٥ وما بعدها .

رسائل : **Masseron** رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ – **Paulmier** رسالة من باريس سنة ١٨٨٢ – **Stora** رسالة من باريس سنة ١٩٠١ – **Aurange** رسالة من جرينوبل سنة ١٩١٠ – **Magnillant** رسالة من ليون سنة ١٩١٢ – **Henry** رسالة من نانسى سنة ١٩١٣– **Bornet** رسالة من ليل سنة ١٩٢١ – منصور مصطفى منصور رسالة (بالعربية) من القاهرة سنة ١٩٥٣ (وطبعت فى سنة ١٩٥٦) .

أبحاث : ديموج فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢٣٦ وما بعدها وص ٢٩٥ وما بعدها وص ٣٤٦ ومابعدها – والمجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ١٨٣ وما بعدها – كابيتان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٩ص ٣٨٥ – ص ٤١٦ – **Cerban** فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٤٧ – ص ٦٤ .

مال من ذمة شخص ودخول مال آخر فى نفس الذمة بدلا من المال الذى خرج ، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانونى الذى كان سارياً على المال القديم .

وقد وضع أوبرى ورو نظرية تقليدية فى الحلول العينى ألحقها بنظريته فى الذمة المالية ، إذ أوجب أن يكون الحلول العينى دائماً فى مجموع معنوى من المال ، وبذلك تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العينى . وقد أخذ الفقه أخيراً ينتقد النظرية التقليدية فى الحلول العينى ، ويقول بنظرية حديثة . فنتناول بالبحث النظرية التقليدية ، ثم النظرية الحديثة .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى الحلول العينى

§ ١ – بسط النظرية التقليدية

١٥١ – شروط الحلول العينى : يجب ، لتحقق الحلول العينى ، توافر شروط ثلاثة :

الشرط الأول – أن يكون هناك شخص واحد له مجموعان من المال أو أكثر . مثل ذلك الوارث الظاهر ، له مجموع المال الذى يملكه أصلا ومجموع المال أو التركة التى وضع يده عليها دون حق . ومثل ذلك أيضاً الوارث بشرط الجرد فى القانون الفرنسى ، له مجموعه الأصلى والتركة التى قبلها بشرط الجرد . ومثل ذلك أخيراً المرأة المتزوجة فى القانون الفرنسى ، قد يكون لها مجموع من المال يمثل الدوطة (biens dotaux) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens paraphernaux) ، كما قد يكون لها مجموع من المال يمثل المال المشترك بينها وبين زوجها (biens communs) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens propres) .

الشرط الثانى – أن يخرج مال معين ، فى أحد هذين المجموعين أو هذه المجموعات ، من ذمة الشخص . ويكون خروج المال إما بتصرف قانونى كما إذا باع الشخص هذا المال أو قايض عليه أو نزعت منه ملكيته ، أو بعمل مادى

كما إذا هلك المال بتعد فيكون المتعدى مسئولا عن التعويض أو تكون شركة التأمين مسئولة عن دفع مبلغ التأمين .

الشرط الثالث – أن يدخل مال جديد فى ذمة نفس الشخص بدلا من المال الأول . مثل ذلك أن يدخل ثمن المال القديم أو ما يشترى بهذا الثمن فى ذمة الشخص ، أو يدخل عوض المقايضة ، أو يدخل التعويض عن نزع الملكية أو عن التعدى ، أو مبلغ التأمين ، أو ما يشترى بشىء من ذلك ، فى ذمة الشخص .

١٥٢ – أثر الحلول العينى : يحل المال الجديد محل المال القديم فى نفس المجموع الذى خرج منه المال القديم دون المجموع الآخر ، ويكسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال القديم .

ويكون هذا على سبيل المجاز القانونى (fiction légale) ، وبموجب هذا المجاز تنتقل إلى المال الجديد الصفة القانونية (qualité juridique) التى كانت للمال القديم .

وتستعين النظرية التقليدية بقاعدتين تستعيرهما من أقوال المحشين (glossateurs) فى القانون الرومانى . بموجب القاعدة الأولى، كل مال يدخل فى مجموع قانونى من الأموال يحل بحكم القانون محل المال الذى خرج ، وهذا يفضل تماثل عناصر الذمة المالية (fongibilité des éléments du patrimoine) ، فالمال الذى دخل مماثل للمال الذى خرج . وبموجب القاعدة الثانية ، لا يتحقق الحلول العينى بحكم القانون إلا فى مجموع من المال ، أما بالنسبة إلى مال معين بالذات فيجب لتحقق الحلول العينى نص فى القانون أو اتفاق ذوى الشأن .

§ ٢ – انتقاد النظرية التقليدية

١٥٣ – أسس ثلاثة قامت عليها النظرية التقليدية : يمكن القول بأن النظرية التقليدية تقوم على أسس ثلاثة : (١) الأصل التاريخى ، إذ هى تنسب إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وسنرى أن هذه النسبة غير صحيحة . (٢) التمييز بين المجموع من المال حيث يتحقق الحلول العينى

بحكم القانون ، والمال المنفرد بذاته حيث لا يتحقق الحلول العينى إلا بموجب القانون أو الإرادة . وسنرى أن هذا التمييز أيضاً لا يقوم على أساس .
(٣) كسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال القديم وذلك على سبيل المجاز القانونى . وسنرى ألا محل للقول بالمجاز القانونى فى الحلول العينى .

١٥٤ — الأصل التاريخى — عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم : تتلخص النظرية التقليدية فى قاعدتين . أولاهما تقضى بأن الحلول العينى يتحقق بحكم القانون فى المجموع من المال ، والأخرى تقضى بأن المال المنفرد بذاته لا يتحقق فيه الحلول العينى إلا بنص أو اتفاق . وتنسب القاعدة الأولى إلى القانون الرومانى ، أما القاعدة الأخرى فتنسب إلى القانون الفرنسى القديم .

فقد قيل إن القانون الرومانى كان يقضى بتحقق الحلول العينى بحكم القانون فى دعوى الإرث (petitio hereditatis) وفى الإحلال العهدى (substitution fidéicommissaire) . فنى دعوى الإرث ، قيل بأن ثمن الشىء المبيع من التركة يحل محله ، وكذلك يحل الشىء الذى اشترى بنقود من التركة محل هذه النقود . ثم قيل إن هذا الحكم الخاص بالتركة عمم بعد ذلك على كل مجموع آخر من المال ، استنادا إلى نص فى الموسوعة . ولكن المتابع لأحكام القانون الرومانى فى هذه المسألة لا يلبث أن يتبين أن الرجوع إنما يكون بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة ، لا بموجب الحلول العينى . أما الإحلال العهدى فصورته أن يكلف شخص شخصا آخر قد تلقى مالا من تركته ، ويسمى المكلَّف (grevé) ، بأن يرد هذا المال عند وفاته إلى شخص ثالث يسمى المستحق العهدى (appelé) . فإذا تصرف المكلف فى بعض ما تلقاه من المال واشترى بثمنه مالا آخر ، وجب عليه أن يرد هذا المال الآخر عند وفاته إلى المستحق العهدى ، وبذلك يكون الثمن قد حل محل المال الذى باعه المكلف وحل الشىء الذى اشتراه محل الثمن . وهذا لاشك حلول عينى ، ولكن لا شأن له بمجموع المال ، فقد يكون الشىء المعهود برده شيئا منفرداً بذاته لا مجموعا من المال ، فإذا بيع واشترى بثمنه شىء آخر حل هذا الشىء الآخر محل الشىء الأول . ويتبين من ذلك أن القانون الرومانى كان لا يعرف الحلول العينى

فى المجموع من المال . فدعوى الإرث بعيدة عن أن تقرر هذه القاعدة ، والإحلال العينى لا يقرر حلولا عينيا خاصا لا حلولا فى مجموع من المال . وإنما هم المحشون (glossateurs) الذين نسبوا إلى القانون الرومانى ما ليس منه .

أما القاعدة الثانية التى تقضى بأن فى الشىء المنفرد بذاته لا يكون هناك حلول عينى إلا بنص أو اتفاق . فقد خرج القانون الفرنسى القديم عليها ، وتوسع فى الحلول العينى فأقره فيما لم يرد فيه نص ولا اتفاق — فليس إذن صحيحا ما قيل من أن هذه القاعدة قد التزمها القانون الفرنسى القديم .

١٥٥ — التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بذاته لا يقوم على أساس : سمى الفقه الفرنسى التقليدى الحلول العينى فى مجموع من المال بالحلول العام ، والحلول العينى فى مال منفرد بذاته بالحلول الخاص . والتطبيقات التى توردها النظرية التقليدية للحلول العام ليست صحيحة ، فهى إما أن تكون تطبيقات خاطئة ، أو هى تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فلا يوجد إذن تطبيق صحيح للحلول العام . ومن ثم يصبح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لا يقوم على أساس .

فمن التطبيقات الخاطئة للحلول العام حالة رجوع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر ، فيسترد الوارث الحقيقى من الوارث الظاهر ما حصل عليه هذا الأخير من مقابل لبعض أموال التركة . وقد قيل فى هذه الحالة إن المقابل الذى دخل التركة قد حل حلولا عينيا محل المال الذى خرج منها . ولكن الصحيح أنه يجب التمييز بين فرضين . فإما أن يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعويضا عن عمل غير مشروع أو عن نزع الملكية . فالمقابل يكون من حق الوارث الحقيقى ، لا بحكم الحلول العينى . بل بحكم أن هذا الوارث هو المالك الحقيقى الذى اعتدى على ملكه أو نزعت ملكيته . وإما أن يكسب الوارث الظاهر المقابل بموجب تصرف قانونى ، فيكون أساس الرد إلى الوارث الحقيقى الإثراء بلا سبب إذا كان الوارث الظاهر حسن النية ، أو العمل غير المشروع إذا كان سيئ النية ، وليس الأساس على كل حال الحلول العينى . ومن التطبيقات الخاطئة أيضاً حالة بيع التركة . فقد قيل إن بائع

التركة ، إذا كان قد باع من قبل شيئا مما اشتملت عليه ، يلتزم بأن يرد للمشترى ما حصل عليه من مقابل ، أى ثمن ما بيع من أموال التركة والأموال التى اشتريت بنقود متحصلة منها والأموال التى كسبت مقايضة على أموال التركة ومبالغ التعويض ومبالغ التأمين التى تستحق عن هلاك الأموال الموروثة ، وذلك كله على أساس الحلول العينى . والصحيح أن أساس الرد هنا هو إرادة المتعاقدين المفترضة لا الحلول العينى . ذلك أنه إذا كانت بعض الأموال قد تبدلت فى التركة المبيعة فالقانون يفترض أن المشترى يعلم بحدوث هذه التبدلات وأنه قبل شراء أموال البدل[1] . ومن التطبيقات الخاطئة أخيراً حالة التصرف فى المجموعات المادية ، كمكتبة أو قطيع ، فلو باع شخص مكتبة أو قطيعا من الغنم ، وقبل التسليم إلى المشترى تصرف فى بعض الكتب أو فى أفراد القطيع معاوضة ، فقد قيل إن المقابل يحل محل الأصل فى المجموع المادى ويجب تسليمه للمشترى ، على أساس الحلول العينى . والصحيح أنه لا محل للحلول العينى ، ويجب القول بأن بائع المكتبة أو القطيع لا يحق له التصرف بعد أن باع ، وإذا تصرف فإن تصرفه يكون صادرا من غير مالك . ولا ينفذ فى حق المشترى .

بقيت التطبيقات التى هى فى الواقع تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فمنها حالة أموال المفقود فى يد الوارث إذا تصرف الوارث فى بعضها بمقابل ، فإن هذا المقابل يحل حلولا عينيا محل المال المتصرف فيه . ولكن لسنا فى حاجة هنا إلى اشتراط أن يكون ذلك فى مجموع من المال ، ولا يتغير الحكم لو نظرنا إلى المال المتصرف فيه منفرداً بذاته لا عنصرا فى مجموع . فإن المقابل يحل محله حلولا عينيا فى جميع الأحوال . وبذلك يكون هذا التطبيق إنما هو تطبيق للحلول الخاص لا للحلول العام . وكذلك الأمر فى حالة قبول التركة بشرط الجرد . فما خرج من أموال هذه التركة يحل مقابله محله . ومناط تحقيق الحلول هنا هو خضوع الأموال لنظام قانونى خاص ، فلا أهمية لوصف

---

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ومما يقطع بأن أساس الرد ليس الحلول أن البائع يلتزم برد ثمن ما باعه من أموال التركة ولو كان قد قبضه . وبالتالى اختلط بباقى أمواله ، مع أن المسلم أنه يلزم لتحقق الحلول أن يكون المال المستبدل محتفظا بذاتيته المتميزة وهو شرط متخلف فى هذا الفرض » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى فقرة ٣٧ ص ٥٣) .

هـــذه الأموال بأنها مجموع . ويكون الحلول هنا أيضاً حلولا خاصا ، لا حلولا عاما .

١٥٦ – لا محل للقول بالمجاز القانونى : وتصف النظرية التقليدية الحلول العينى بأنه مجاز قانونى ، وترتب على ذلك نتيجته المنطقية وهى عدم جواز التوسع فى تفسير النصوص المقررة للحلول العينى .

والواقع أن الحلول العينى ليس مجازا ، ومعناه فى جميع الأحوال إعطاء المال المستبدل حكما قانونيا ماكان ليأخذه بحسب القواعد العامة . وهذه المخالفة للقواعد العامة لا تكفى وحدها لوصف الحلول العينى بأنه مجاز قانونى . وإنما يكون الحلول العينى مجازا قانونيا إذا هو افترض للشىء طبيعة تخالف طبيعته ، كافترض المنقول عقارا مثلا . ولكن الحلول العينى لا يفترض المنقول عقارا ، وإنما يبقيه منقولا كما هو ، وإن كان يعطيه حكما يخالف القواعد العامة ، فأين هذا من المجاز ؟

وإذا أمكن رد أحوال الحلول العينى إلى قاعدة عامة ، انتفى عن الحلول ، لا وصف المجاز فحسب ، بل أيضاً وصف أنه استثناء لا يجوز التوسع فيه ؛ ورد أحوال الحلول العينى إلى قاعدة عامة هو ما تكفلت به النظرية الحديثة .

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى الحلول العينى

§ ١ – بسط النظرية الحديثة

١٥٧ – حالتان للحلول العينى – الحلول العينى ليس مجازا قانونيا : ترد النظرية الحديثة أحوال الحلول العينى بحكم القانون إلى حالتين : (الحالة الأولى) عندما يكون هناك مجموع من المال واجب الرد ، وتراد معرفة العناصر التى يشتمل عليها هذا المجموع لتكون محلا للرد . فى هذه الحالة إذا خرج أحد هذه العناصر من المجموع قبل الرد ، وكان له مقابل ، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذى خرج ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموع . (الحالة الثانية) إذا كان هناك شىء خصص لغرض معين ، ثم خرج من

ملك صاحبه بمقابل . فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل الشيء فى نفس الغرض الذى كان الشيء مخصصا له من قبل . وفى غير هاتين الحالتين لا يتحقق الحلول العينى بحكم القانون ، وإنما يتحقق بموجب نص خاص أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

وليس الحلول العينى مجازا قانونيا . فهو لا يخلع على الشيء المستبدل طبيعة أخرى غير طبيعته ولا يغير من تكييفه القانونى . وإنما يقتصر على جعل هذا الشيء خاضعا للرد ضمن عناصر المجموع فى الحالة الأولى ، وعلى تخصيصه لنفس الغرض الذى كان الشيء المستبدل به مخصصا له من قبل فى الحالة الثانية[1].

١٥٨ – الحالة الأولى – مجموع من المال واجب الرد : يكون هناك حلول عينى بحكم القانون فى المجموع من المال واجب الرد . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، منها التركة تحت يد الوارث الظاهر إذا وجب ردها إلى الوارث الحقيقى ، ومنها بيع الوارث للتركة عندما يجب تسليمها للمشترى ، ومنها أموال المفقود إذا وجب ردها إليه عند ظهوره حيا . فإذا أخرج المطلوب منه الرد من مجموع المال الذى تحت يده شيئا بمقابل . فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل هذا الشيء ويجب رده مع سائر الأشياء التى يشتمل عليها المجموع . مثل ذلك أن يبيع الوارث الظاهر من أعيان التركة التى تحت يده شيئا . ويقبض الثمن ، ثم يشترى بالثمن شيئا آخر ، فإن الثمن فى هذا الفرض يحل بحكم القانون محل الشيء المبيع ، ثم يحل الشيء المشترى محل الثمن بحكم القانون أيضاً ، وإذا طالب الوارث الحقيقى الوارث الظاهر برد التركة ،وجب على هذا الأخير أن يردها إليه ويشمل الرد الشيء المشترى الذى حل محل الثمن . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع الوارث التركة ، وقبل تسليمها المشترى يهلك أحد أعيانها بخطأ الغير فيتقاضى الوارث تعويضاً ، أو يهلك بغير خطأ فيتقاضى الوارث مبلغ تأمين مستحقاً بعقد تأمين ، فيحل بحكم القانون التعويض أو مبلغ التأمين محل العين التى هلكت . وعندما يطالب مشترى التركة البائع بتسليمها ، يجب على هذا الأخير أن يسلم فيما يسلم التعويض أو مبلغ التأمين ، أو الشيء الذى اشتراه بالتعويض أو مبلغ التأمين ، إلى المشترى . ومثل ذلك أخيراً

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٢٩ ص ٣٤ .

إذا نزعت ملكية عين من أموال المفقود للمنفعة العامة ، واستولى الوارث واضع اليد على التعويض المستحق ، فإن هذا التعويض يحل بحكم القانون محل العين التي نزعت ملكيتها . وإذا ظهر المفقود، فإنه يسترد من الوارث فيما يسترد هذا التعويض ، أو ما عسى أن يكون الوارث قد اشتراه بهذا التعويض

ونرى من ذلك أن الشيء يخرج من مجموع المال واجب الرد بطرق مختلفة . فقد يخرج بتصرف قانوني ، كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو الشيء الذي اشترى بالثمن أو بدل المقايضة محل الشيء الأصلي . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ويجب ، حتى يتحقق الحلول العيني بحكم القانون في هذه الحالة : أن يكون الواجب الرد هو مجموع من المال ، لا شيء منفرد بذاته . فإذا كان الشيء الواجب الرد شيئا منفرداً بذاته ، فإن المقابل لا يحل محله حلولا عينيا بحكم القانون ، ويجب حتى يكون هناك حلول عيني أن يكون ذلك بموجب نص خاص[1] أو بناء على اتفاق ذوي الشأن .

١٥٩ – الحالة الثانية – شيء مخصص لغرض معين : إذا خصص شيء لغرض معين ، فإنه ينظر إليه باعتباره قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتيته المادية . ويترتب على ذلك أنه إذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول ، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا ، واستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئا آخر ، فإن هذا الشيء الآخر يحل قانونا محل الشيء الأول ، ويكون مخصصا لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصا له ذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لا يزال قائما ، فيبقى ويصبح الشيء الآخر مخصصا له بدلا من الشيء الأول . ونرى من ذلك أن الذاتية المادية للشيء غير مقصودة لذاتها في التخصيص للغرض ، والعبرة بالقيمة المالية . فإذا تجسمت هذه القيمة في شيء مادي آخر ، كان من الطبيعي أن يبقى الغرض قائما ومتصلا بالشيء الجديد الذي تجسمت فيه القيمة المالية ،

---

(١) انظر أمثلة للنص الخاص : م ٢/٥٧٥ تجاري فرنسي ، وم ٣٨١ تجاري مصري ، وم ٣٧ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخاص بعقد التأمين .

ومن ثم يصبح هذا الشيء الجديد مخصصا لهذا الغرض[1] . والذى يعتد به فى هذه الحالة هو فكرة التخصيص (affectation) ، لا فكرة الأصل (origine) التى اعتد بها فى الحالة الأولى .

والأمثلة على ذلك كثيرة متنوعة . منها أن يهب شخص شخصاً آخر مالا أو يوصى له به، على أن يخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والإحسان . فهذا المال قد خصص لغرض معين ، فإذا باعه الموهوب له أو الموصى له به واشترى بثمنه مالا آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ، ويصير مخصصا لعمل البر الذى كان المال الأول مخصصا له . ومن ذلك أيضاً الوقف فى الشريعة الإسلامية ، فالمال الموقوف قد رصد لجهة خيرية لا تنقطع ، فهو إذن مخصص لغرض معين . فإذا استبدلت بالعين الموقوفة عين أخرى ، حلت العين الأخرى بحكم القانون محل العين الموقوفة ، وصارت وقفا على الجهة الخيرية نفسها دون حاجة إلى إشهاد جديد بالوقف. ومن ذلك أيضاً ملكية الأسرة ، فإذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على تخصيص أموال معينة لتكون ملكا للأسرة (م٨٥١ مدنى) ، فقد خصصت هذه الأموال لغرض معين . فإذا بيعت عين من هذه الأموال واشترى بثمنها عين أخرى ، فقد حلت هذه العين الأخرى بحكم القانون محل العين الأولى ، وأصبحت داخلة فى ملك الأسرة . ومن ذلك أيضاً المال الشائع المتفق على بقائه فى الشيوع لمدة معينة ، فقد خصص هذا المال لغرض معين ومن أجل ذلك اتفق على بقائه فى الشيوع . فإذا نزعت ملكية هذا المال للمنفعة العامة أو هلك ، واشترى بالتعويض مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل قانونا محل المال الأول ، ويصبح مثله باقيا فى الشيوع . ومن ذلك أخيراً المال المرهون ، فإنه يصبح برهنه مخصصا لغرض معين هو تأمين الدين . فإذا هلك هذا المال بخطأ الغير أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة ، فإن التعويض (أو مبلغ التأمين إذا كان المال مؤمنا عليه) يحل بحكم القانون محل المال المرهون . ويصبح مثله محملا بنفس التأمين .

---

(١) وفى هذا ضرب من التناسخ ، فإن القيمة المالية ، التى كانت حالة فى شىء مادى معين بالذات ، حلت الآن فى شىء مادى آخر ، كما قيل فى تناسخ الأرواح من أنها تنتقل من جسم إلى جسم آخر .

ونرى من ذلك أن الشيء فى هذه الحالة الثانية يخرج ويحل محله شيء جديد ، على النحو الذى رأيناه فى الحالة الأولى . فقد يخرج بتصرف قانونى كبيع أومقايضة ، فيحل الثمن أو البدل محله . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ومعنى أن يحل الشيء الجديد حلولا عينيا محل الشيء القديم ، أنه يخضع لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له بحكم تخصيصه للغرض المعين الذى كان مخصصا له . فيصبح الشيء الجديد مثلا خاضعا لنظام الوقف كما كان الشيء القديم ، أو يصبح جزءاً من ملكية الأسرة ، أو يصبح باقيا فى الشيوع ، أو يصبح محلا للتأمين العينى ، إلى غير ذلك من النظم القانونية المختلفة التى كانت الأشياء القديمة خاضعة لها . وقد قدمنا[1] أن الحلول العينى ليس مجازا قانونيا ، فهو لا يغير من طبيعة المال ولا يعدل من وضعه القانونى ، وإنما يجعل الشيء الجديد خاضعا لنفس النظام القانونى الذى كان الشيء القديم خاضعا له .

١٦٠ — رد حالتى الحلول العينى إلى حالة واحدة هى حالة الخضوع لنظام قانونى معين : ومن أجل ذلك أخذ بعض الفقهاء المحدثين[2] بفكرة مبسطة فى الحلول العينى . فعند هؤلاء الفقهاء لا توجد إلا حالة واحدة فى الحلول العينى تضم الحالتين المتقدمتى الذكر . فحيث يخضع المال ، سواء كان مجموعا من المال أو كان مالا منفرداً بذاته ، لنظام قانونى خاص بسبب تخصيصه لغرض معين ، فإن بدل هذا المال يحل بحكم القانون محله ، فيخصص لنفس الغرض ، ويخضع لنفس النظام القانونى الخاص . يستوى فى ذلك المجموع من المال الواجب الرد فإن هذا المجموع مخصص للرد وخاضع لنظام قانونى خاص ، والمال المنفرد بذاته فهو أيضاً مخصص لغرض معين وخاضع لنظام

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٥٧ .

(٢) نظرا إسمان فى الأسبوع القضائى ١٩٢٨ ص ٦٦ — دى باج ٥ فقرة ٣٩٤ وما بعدها — بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٤ وما بعدها — منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى — إسماعيل غانم فى رسالته فى الذمة المالية فقرة ٥٨ .

قانونى خاص . فتتلاقى الحالتان إذن فى حالة واحدة ، هى حالة الخضوع لنظام قانونى خاص بسبب التخصيص لغرض معين .

ويظهر التخصيص كما قدمنا منذ خضوع المال لنظام قانونى خاص ، أى لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له الأموال بصفة عامة . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ويظهر التخصيص إذا خضع المال لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له باقى أموال الذمة . فقد يكون المال غير جائز التصرف فيه ، أو غير جائز التصرف فيه إلا بقيود معينة كالحصول على إذن شخص آخر . وقد تكون منفعة المال لغير مالكه . وقد يكون المالك هو صاحب الحق فى التصرف أو فى الإدارة على خلاف الأصل ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة فى القانون المصرى والزوجة فى القانون الفرنسى بالنسبة للأموال المكتسبة من العمل الخاص . وقد يكون لبعض الدائنين على المال حقوق تقتضى تمييزهم ، على خلاف الأصل ، عن باقى الدائنين ، وهو ما يتحقق بالنسبة للتأمينات العينية جميعا . بل إن الحق قد يكون لشخص لا يعتبر دائنا لمالك المال الذى يرد عليه ، كما هى الحال بالنسبة لحق الدائن المرتهن لعقار غير مملوك لمدينه . ففى هذه الأحوال نجد أن للمال مركزاً قانونيا خاصا ، وبذلك يعتبر مخصصا بالمعنى الذى يناط به الحلول العينى »[١] .

§ ٢ – تطبيقات للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى

١٦١ – عدم وضع قاعدة عامة للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى

المصرى : لا يوجد فى القانون المدنى المصرى قاعدة عامة للحلول العينى ، وقل أن توجد هذه القاعدة العامة فى قوانين البلاد الأخرى[٢] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى ص ١٣١ – وانظر فى شروط الحلول العينى نفس المرجع ص ١٢٦ – ص ١٣٢ وص ١٤١ – ص ١٥٤ – حسن كيرة فقرة ٤٤ .

(٢) فلا توجد إلا تطبيقات متناثرة للحلول العينى فى التقنين المدنى الفرنسى ، وكذلك الحال فى التقنين المدنى الإيطالى والتقنين المدنى الأسبانى والتقنين المدنى البرتغالى والتقنين المدنى السويسرى . ولا توجد قاعدة عامة فى الحلول العينى إلا فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المواد ١٣٧٠ و١٤٧٣ و١٥٢٤ و٢٠٤١ و٢١١١ و٢٣٧٤ من هذا التقنين (پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٥) .

ولم يحن الوقت بعد لوضع قاعدة تشريعية عامة فى الحلول العينى ، والأولى أن تترك هذه المسألة للفقه والقضاء حتى يتم تطورها ، وتصبح قابلة لأن يحتويها تشريع مستقر ثابت .

ومع ذلك فإن التقنين المدنى المصرى قد اشتمل على طائفة من النصوص تقرر الحلول العينى فى كثير من الحالات ، وهذا التقنين هو من أكثر التقنينات تعميما للقواعد التى تقرر الحلول العينى (١) .

فنبدأ بعرض النصوص الواردة فى التقنين المدنى المصرى مقررة للحلول العينى ، ثم نعرض لتطبقات أخرى للحلول العينى لم يرد فى شأنها نص .

١٦٢ — نصوص فى التقنين المدنى المصرى تقرر الحلول العينى :

هناك طوائف ثلاث من النصوص فى التقنين المدنى المصرى تقرر الحلول العينى :

(الطائفة الأولى) وهى أهمها وأكثرها ، وتقرر انتقال التأمينات العينية من العين التى كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى العوض الذى حل حلولا عينيا محل هذه العين . وهذا العوض قد يكون الثمن ، أو التعويض من التلف ، أو مبلغ التأمين ، أو التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، أو أى عوض آخر يحل محل العين .

---

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « وبالرغم من تقدم الدراسات نسبيا فى هذا الصدد ، فنعتقد أن الوقت لم يحن بعد لتقرير نظرية الحلول العينى تقريراً تشريعيا . ولذلك نجد القانون المدنى — وهو من أحدث القوانين — يسلك نفس السبيل فى تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العينى ، وهو مسلك موفق . كما وفق المشرع المصرى أيضاً إذ ذهب أكثر من غيره إلى التعميم عند وضعه القواعد التى تقرر الحلول العينى فى بعض صور التخصيص . فنجده مثلا يقرر حلول ما يستبدل بالأموال المحملة بتأمينات عينية محلها ، أيا كان التأمين العينى ، وأيا كان المقابل . كما أنه يقرر حلول كل ما يستبدل بالأموال المحملة بحقوق انتفاع محلها . إلا أنه مع ذلك لم يذهب إلى هذا الحد من التعميم فى صور أخرى . فنجده مثلا يقرر حلول الثمن محل المال المحبوس إذا بيع لخشية الهلاك أو التلف (م ٢/٢٤٧) دون أن يتعرض للصور الأخرى التى يتحقق فيها استبدال مال بالمال المحبوس ، وتقتضى حماية من له الحق فى الحبس انتقال حقه إلى المال المستبدل كما لوكنا بصدد تعويض عن هلاك المال المحبوس . بل إنه سكت سكوتا تاما فى بعض صور التخصيص ، فلم يتعرض لحكم الأموال التى تستبدل بالأموال التى اشترط عدم جواز التصرف فيها والأموال المكونة لمؤسسة مثلا » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٧٥ — ص ٢٧٦)

ونبدأ بالمادة ١٠٥٦ مدنى ، وهى تقرر المبدأ العام فى الرهن الرسمى ، فتنص على أن « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » . وتطبيقا لذلك تنص المادة ١٠٤٩ مدنى على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة » . وتطبيقا لذلك أيضاً تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ... » . وأورد التقنين المدنى أيضاً تطبيقا خاصا برهن المبانى القائمة على أرض الغير رهنا رسميا ، فنصت المادة ١٠٣٨ مدنى على أنه « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق » .

هذا فيما يتعلق بالرهن الرسمى . وأما فيما يتعلق بحق الاختصاص ، فقد نصت المادة ١٠٩٥ مدنى على أن « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » . ولم يرد فى شأن حق الاختصاص أحكام خاصة تتعارض مع النصوص التى سبق أن ذكرناها فى انتقال الرهن الرسمى إلى عوض العقار المرهون ، ومن ثم فإن هذه النصوص تنطبق على حق الاختصاص انطباقها على حق الرهن الرسمى .

وفيما يتعلق برهن الحيازة نصت المادة ٢/١١٠٢ مدنى على ما يأتى : « وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و١٠٤٩ المتعلقة بهلاك

الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . وهذا نص عام ينقل أحكام الحلول العيني في الرهن الرسمي إلى رهن الحيازة . وتطبيقا لذلك نصت المادة ١١١٩ مدنى على أنه « ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . ثم ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة ، فنصت المادة ١/١١٢٨ مدنى على أنه « إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطالب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه » .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز على عقار ، نصت المادة ١/١١٣٤ مدنى على أن « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .. » . ومن ثم تطبق النصوص الخاصة بالحلول العيني في الرهن الرسمي والتي سبق ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار . وقد أكدت ذلك المادة ١٠٣٥ مدنى حين نصت على أن « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

وفي عقد التأمين من الحريق ، طبقت المادة ١/٧٧٠ مدنى الحلول العيني على مبلغ التأمين ، فنصت على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وفي الشفعة ، طبقت المادة ٩٤٧ مدنى الحلول العيني ، فنقلت التأمينات العينية من العقار المشفوع فيه إلى ما حل محله من الثمن ، إذ نصت على أنه « لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أي بيع صدر من المشترى ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده »

إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى محل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار »[١] .

(الطائفة الثانية) وهى خاصة بالحق فى الحبس ، فهو ينتقل من الشىء إلى ثمنه بحكم الحلول العينى . وقد نصت المادة ٣/٢٤٧ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « وإذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء إلى ثمنه »[٢] .

(الطائفة الثالثة) وهى خاصة بحق الانتفاع ، فينتقل هذا الحق من الشىء إلى عوضه بحكم الحلول العينى . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشىء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض »[٣] .

١٦٣ — تطبيقات أخرى للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى

لم يرد فى شأنها نص : وليست النصوص التى أوردناها فيما تقدم هى كل تطبيقات الحلول العينى فى القانون المدنى المصرى ، فهناك تطبيقات أخرى لم يرد فى شأنها نص ، ولكن تسرى عليها القاعدة العامة فى الحلول العينى التى تقررها النظرية الحديثة فيما قدمنا . ونذكر من هذه التطبيقات ما يأتى :

١ — الأموال الموقوفة : لم يرد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى ، سوى أن المادة ٣/٥٢ نصت على اعتبار الوقف شخصا معنويا . أما قانون الوقف فقد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن العقار أو المنقول الذى يشترى بأموال بدل العين الموقوفة « يحل محل العين الموقوفة » ، وهذا هو الاستبدال

---

(١) انظر فى هذه الطائفة الأولى من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢١١ — ص ٢٣٥ — حسن كيرة ص ١٣٩ — ص ١٤٣ — وقارن إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٢٣ هامش ١ .

(٢) انظر فى هذه الطائفة الثانية من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٤٥ — ص ٢٥٣ .

(٣) انظر فى هذه الطائفة الثالثة من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٥٤ — ص ٢٦٦ .

المعروف فى نظام الوقف . وكلامنا هنا مقصور على الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . فأموال البدل ، كالثمن والتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة . وما يشترى بأموال البدل من عقار أو منقول يحل هو أيضاً بحكم القانون محل أموال البدل ، ويصبح موقوفا بمجرد الشراء . ذلك أن العين الموقوفة ابتداء قد خضعت لمركز قانونى خاص يقضى بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلتها لجهة معينة ، إذ أنها خصصت لغرض معين . ومن ثم فإن العين التى تشترى بدلا منها تحل محلها حلولا عينيا بحكم القانون ، فتصبح وقفا على نفس الجهة[1] . ولا حاجة لإشهاد بوقف جديد حتى تصبح العين المشتراة موقوفة ، بل إن مجرد الشراء يجعلها وقفا كما سبق القول .

٢ – أموال المؤسسة : أموال المؤسسة ، كالأموال الموقوفة ، مملوكة لشخص معنوى ، وهى مثلها خاضعة لمركز قانونى خاص لأنها مخصصة لغرض معين هو عمل من أعمال البر أو النفع العام . وقد نصت المادة ٦٩ مدنى فى هذا المعنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال ، مدة غير

---

(١) انظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٧٧ – ص ١٨٣ – وقد قيل إن مال البدل إنما يخضع للقواعد الخاصة التى كان يخضع لها المال المبدل لا لأنه حل محله ، بل لمجرد أنه مملوك للوقف إذ الوقف شخص معنوى (إسماعيل غانم فى الذمة المالية ص ١٠٥ هامش ٢) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى الإجابة على هذا الاعتراض : « وهو قول مردود ، إذ لا يمكن قبوله إلا إذا كان الشخص المعنوى لا يمكن أن يتملك أموالا أخرى غير الأموال الموقوفة ، أو كان الأصل أن ما يملكه يعتبر موقوفا بحيث يثبت له هذا الوصف بمجرد تملك هذا الشخص له . ونرى أن كلا الأمرين غير صحيح . فالشخص المعنوى قد يملك أموالا غير الأموال الموقوفة ، كأموال الغلة قبل توزيعها على المستحقين ، والأموال التى تكتسب بفاضل الغلة سواء قصد استغلالها أو كانت لازمة لاستغلال الأموال الموقوفة كآلات الزراعة والمواشى .. إلخ . ومن ناحية أخرى فإن المال لا يعتبر وقفاً لمجرد أنه مملوك لجهة الوقف ، ذلك أن مناط اعتبار المال وقفاً هو حصول الإشهاد على ذلك وضبطه بالمحكمة الشرعية . فالأصل الذى تخضع له أموال الشخص المعنوى هو الحرية لا الحبس ، وهو ما يدعو إلى الحاجة إلى الحلول العينى حتى يخضع مال البدل للمركز الخاص . وأخيراً فإن المراكز الخاصة قد تتعدد لتعدد الأغراض التى يراد تحقيقها من الأموال الموقوفة فى يد نفس الشخص المعنوى ، بحيث يجب دائما الاحتفاظ بالفصل بين طوائف الأموال المخصصة لأغراض مختلفة ، فقد يقف شخص عدة أموال بعضها لتحقيق غرض معين والبعض الآخر لتحقيق أغراض أخرى » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٧٩ - ص ١٨٠) .

معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى » . وليس الوقف فى الواقع من الأمر إلا مؤسسة تخضع للأحكام المعروفة فى الشريعة الإسلامية . ويجوز الاستبدال فى أموال المؤسسة كما يجوز الاستبدال فى الأموال الموقوفة ، ويتحقق الحلول العينى فى المؤسسة كما يتحقق فى الوقف . فإذا استبدل بمال للمؤسسة مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع للمركز القانونى الخاص الذى تخضع له أموال المؤسسة ، ويصبح مخصصا للأغراض التى كان المال الأول مخصصا لها[1] . وكالاستبدال الاختيارى تبديل أموال المؤسسة جبرا ، كما لو نزعت ملكيتها للمنفعة العامة ، أو هلكت بتعد ووجب التعويض ، أو تلفت وكان مؤمنا عليها فاستحق مبلغ التأمين[2] .

٣ – ملكية الأسرة : تنص المادة ٨٥١ مدنى على أن « لأعضاء الأسرة الواحدة ، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية » . وتنص المادة ١/٨٥٣ مدنى على أنه « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا » . وتنص المادة ١/٨٥٤ مدنى على أن « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » . ونرى من هذه النصوص أن ملكية الأسرة مال شائع بين أفراد الأسرة ، وقد خصص لغرض معين يرجع إلى

---

(١) ولا يعترض هنا ، كما لا يعترض فى الوقف ، بأن المؤسسة شخص معنوى فالمال الذى يستبدل ويدخل فى ملكها يصبح خاضعا لنظامها ، لا بحكم الحلول العينى ، بل بحكم أنه أصبح مالا مملوكا للمؤسسة . والرد على هذا الاعتراض هو نفس الرد على الاعتراض الذى رأيناه فى الوقف (انظر منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٨٥) .

(٢) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٨٤ – ص ١٨٩

وحدة العمل أو المصلحة التى تجمع ما بين أفراد الأسرة ، وأخضع لمركز قانونى خاص يكفل تحقيق هذا الغرض . ويقضى هذا المركز القانونى بأنه لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لشريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعا ، ويعين من بين أفراد الأسرة مدير لهذا المال له سلطة واسعة فى إدارته لتحسين طرق الانتفاع به . فهذه شروط الحلول العينى كلها متوافرة . ويترتب على ذلك أنه إذا أبدلت بعين من مال الأسرة عين أخرى ، بسبب تصرف قانونى أو هلاك أو نزع ملكية أو عقد تأمين أو غير ذلك ، فإن هذه العين الأخرى تحل محل العين الأولى حلولا عينيا بحكم القانون ، وتصبح مثلها جزءاً من مال الأسرة ، مخصصة لنفس الغرض ، وخاضعة للمركز القانونى الخاص الذى تخضع له سائر أموال الأسرة[1] .

٤ – الأموال التى لا يجوز التصرف فيها : قد تكون هناك أموال لا يجوز التصرف فيها ، فتخضع لمركز قانونى خاص تحقيقا لغرض معين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدنى من أنه « ١ – إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ – ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ – والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » . ثم نصت المادة ٨٢٤ مدنى على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » . كذلك يكون المال غير جائز التصرف فيه بحكم القانون بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م٦١٦ مرافعات) ،

(١) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٠٥ – ص ٢١٠ – ويقول فى النهاية : « فإذا صح ما ذهبنا إليه بالنسبة لملكية الأسرة ، فإنه يسرى أيضاً فى الشيوع العادى إذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة معينة ، وحيث لا يجوز طلب القسمة خلال هذه المدة . فإذا استبدل بمال من الأموال المملوكة على الشيوع والتى تلائم بطبيعتها لاستغلال الأموال الأخرى مال آخر ، فإن المال المستبدل يدخل بقوة القانون فى الأموال الشائعة ، ويسرى بالنسبة إليه الاتفاق على البقاء فى الشيوع إلى أن تنتهى المدة المتفق عليها » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى فقرة ١٢٢ ص ٢١٠) .

إذ يصبح مخصصا لوفاء الدين وخاضعا لمركز قانونى خاص . فى هذه الحالة وفى الحالة المتقدمة ، يكون المال غير الجائز التصرف فيه مستوفيا لشروط الحلول العينى ، فهو مال خاضع لمركز قانونى خاص إذ لا يجوز التصرف فيه ، وكل تصرف يقع باطلا لأن عدم التصرف يعتبر تكليفا عينيا يتصل بذات المال . ثم هو مخصص لتحقيق غرض معين ، قد يكون حماية مصلحة مشروعة لمشترط عدم التصرف أو لمن تصرف له هذا المشترط أو للغير ، وقد يكون وفاء دين ينفذ به على المال . فإذا أبدل بهذا المال مال آخر عن طريق التبديل الجبرى ، كأن هلك هذا المال أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة ، أو حتى عن طريق التصرف القانونى كأن أذن القاضى فى التصرف فيه بالرغم من عدم جواز التصرف لضرورة أو مصلحة كأن كان آيلا للتهدم وأريد بيعه أنقاضا أو كان قليل المنفعة ويمكن استغلال قيمته بطريقة أفضل ، فإن المال الآخر يحل محل المال الممنوع التصرف فيه حلولا عينيا بحكم القانون ، ويصبح خاضعا لنفس المركز القانونى الخاص فيصير هو أيضاً غير قابل للتصرف فيه ، تحقيقا لنفس الغرض الذى كان المال الأول مخصصا له[١] .

٥ – أموال القاصر من كسبه الخاص : تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال (المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته »[٢] . فكسب القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمله هو مال خاضع لمركز قانونى خاص ، يتميز به عن سائر أموال القاصر . فى حين

---

(١) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٩٠ – ص ٢٠١ .

(٢) انظر أيضاً المادة ٦١ من قانون الولاية على المال ، وتنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . وكذلك تنص المادة ٦٠ من نفس القانون على أنه « إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال ، كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق » . وقد يؤذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم بعض أمواله لإدارتها على وجه معين ، وقد يؤذن له فى الاتجار ببعض ماله (انظر المواد ٥٤ – ٥٩ من قانون الولاية على المال) .

لا يستطيع القاصر التصرف فى سائر أمواله أو إدارتها إلا بإذن الولى أو الوصى وفى حدود مقررة ، إذا به يستطيع الإدارة والتصرف دون إذن من أحد فى كسبه من عمله الخاص . ويستطيع أن يلتزم التزاما صحيحا فى حدود هذا المال . وهذا المركز القانونى الخاص الذى أخضع له كسب القاصر من عمله يراد به تحقيق غرض خصص له هذا الكسب ، هو تشجيع القاصر على الكسب ما أمكنه ذلك وتدريبه فى الوقت ذاته على التعامل فى مال لم يقتطعه من رأس ماله وإنما حصل عليه من عمله . ومن ثم تكون شروط الحلول العينى متوافرة ، ويترتب على ذلك أنه لو أبدل بمال من كسب القاصر الخاص مال آخر ، سواء كان ذلك بتصرف القاصر أو بهلاك المال أو بنزع ملكيته أو بغير ذلك من الأسباب ، فإن المال الآخر يحل بحكم القانون حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع لنفس المركز القانونى الخاص . وعلى ذلك يعتبر المال الآخر فى حكم المال الذى كسبه القاصر من عمله ، وتسرى عليه أحكامه ، فيستطيع إدارته والتصرف فيه دون إذن : تحقيقا لنفس الغرض الذى خصص له كسب القاصر(١) .

٦ – أموال التركة : إذا كانت التركة غير مدينة ، فلا شك فى أن ملكيتها تنتقل بموت المورث إلى الورثة ، وتختلط أموالها بأموالهم الشخصية ، فلا تتعدد ذممهم المالية ، ولا يكون هناك مجال لإعمال الحلول العينى . أما إذا كانت التركة مدينة ، ولو بديون لا تستغرقها ، فهناك مبدآن يبدو فى الظاهر أنهما متعارضان . المبدأ الأول يقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، والمبدأ الثانى يقضى بانتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث . ووجه التعارض هو أنه ما دمنا قد سلمنا بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فكيف تنتقل ملكية أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الدين ؟ هذا التعارض ظاهرى كما قدمنا . فإن المعنى المقصود من المبدأ القائل بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، هو أن دائنى التركة يستوفون حقوقهم أولا من أموال التركة ، مقدمين فى ذلك على دائنى الورثة ، ومقدمين على الورثة أنفسهم فلا يخلص لهؤلاء ملكية أموال التركة إلا بعد أن يستوفى دائنوها حقوقهم . ولكن ملكية هذه الأموال تنتقل – طبقا لبعض المذاهب فى الفقه الإسلامى –

---

(١) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٠٢ – ص ٢٠٤ .

إلى الورثة بمجرد موت مورثهم ، على أن تكون محملة بديون التركة فيصبح الورثة مالكين لأعيان التركة بمجرد موت مورثهم ، ولكن هذه الأعيان تكون محملة بحق عيني — أقرب إلى أن يكون حق امتياز — لمصلحة دائني التركة ، يستطيعون بموجبه أن يتقدموا في استيفاء بحقوقهم من أموال التركة على دائني الورثة ، ويستطيعون بموجبه أيضاً أن يستوفوا حقوقهم بالرغم من أن ملكية أموال التركة قد انتقلت إلى الورثة ، كما يستوفى الدائن صاحب حق الامتياز حقه من المال المحمل بالضمان وهو في ملك المدين . وبذلك يتيسر التوفيق بين المبدأين المتعارضين ظاهراً ، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، ومع ذلك لا تكون هناك تركة إلا بعد سداد الدين أى أن دائني التركة يتقدمون في استيفاء حقوقهم على دائني الورثة وعلى الورثة أنفسهم[1] . ويترتب على ذلك أن الوارث ، بعد انتقال الشركة إلى ملكه ، يجمع بينها وبين ماله الخاص ، فتكون له ذمتان ماليتان منفصلتان مادامت ديون التركة لم تستوف . ومن ثم يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني ، فهناك إلى جانب أموال الوارث الشخصية مال يخضع لمركز قانوني خاص هو مال التركة ، ويقضى هذا المركز القانوني الخاص بأن يكون مال التركة مخصصا لوفاء دائنيها ، وبأن يكون هؤلاء الدائنون مقدمين في ذلك على دائني الوارث . وبذلك تتوافر شروط الحلول العيني ، فإذا أبدل بعين من أعيان التركة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو تلف أو نزع ملكية للمنفعة العامة أو غير ذلك ، فإن العين الأخرى تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الأولى ، وتخضع لنفس النظام القانوني الخاص ، وتكون مخصصة لنفس الغرض أى لوفاء ديون التركة . ويكون للوارث في الشريعة الإسلامية أشبه ما يكون بالوارث في القانون الفرنسي الذى قبل الميراث بشرط الجرد ، فهذا الوارث أيضاً له ذمتان ماليتان ، ويتحقق الحلول العيني إذا أبدل بمال من التركة التي قبلها بشرط الجرد مال آخر . ويستوى ، فيما قدمناه في الشريعة الإسلامية والقانون المصرى ، أن تكون التركة قد خضعت لإجراءات التصفية أو لم تخضع لها[2] . في الحالتين يتحقق

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته ص ١٢ — ص ١٣ — إسماعيل غانم في الذمة المالية فقرة ٢٦ — فقرة ٣٥ — منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ٢٤٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور في الحلول العيني ص ٢٤١ — ص ٢٤٣ — وانظر في المسألة نفس المرجع ص ٢٣٦ — ص ٢٤٤ — وقارن إسماعيل غانم فيما قدمناه من أنه يرى أن تعدد الذمة لا يكون إلا إذا عين مصفى التركة (انظر آنفا فقرة ١٤٦) .

-لول العينى فى أموال التركة على الوجه الذى بسطناه[1] .

---

(١) وهناك تطبيقات أخرى للحلول العينى أقل أهمية ، نجدها متناثرة فى الفقه والقضاء . فنى الفقه مثلا لا يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف إذا تلقى هذا حقه بعوض وكان حسن النية ، فيقصر الدائن دعواه على المدين والخلف وينفذ بحقه على المقابل الذى أخذه هذا الأخير . والمقابل الذى ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذى كان ضمانا للدائن ، وهذا نوع من الحلول العينى (انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٩ ص ٨١٣ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٨٢) – وفى القضاء قضت محكمة النقض بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدى إلى انفساخ هذا العقد ، ولا يسوغ فى ذاته الفسخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشىء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن هلاك الشىء المبيع هو زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان . أما بيع الشىء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتى قصد به صيانة الشىء المبيع من الهلاك ، وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها ، وهو الذى ينصرف إليه أثر البيع (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وهناك تطبيقات للحلول العينى خاصة بالقانون الفرنسى . منها أن المفقود يسترد عند ظهوره حيا ثمن الأموال التى تصرف فيها وارثه والأموال التى كسبت بالثمن الذى بيعت به أمواله (م ١٣٢ مدنى فرنسى – أما فى مصر فأحكام الشريعة الإسلامية هى التى تطبق ، ولا يسترد المفقود إلا الأعيان بذاتها من ماله التى توجد بيد الوارث) . ومنها ما يتحقق من حلول عينى فى النظم المالية المختلفة للزواج : فى أموال الدوطة ، وفى الأموال المشتركة بين الزوج والزوجة ، وفى الأموال الخاصة بكل من الزوجين ، وفى كسب الزوجة من عملها الخاص (biens reservés) . ومنها رجوع الواهب فى تركة الميت بما وهبه إياه (sucession anomale, retour successoral) .

الباب الثانى

الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها

---

١٦٤ — الحق غير المادى والشىء غير المادى — نص قانونى : يقال فى بعض الأحيان إن الحق يكون إما ماديا (corporel) ، أو غير مادى (incorporel) . وهذا القول لا أساس له ، ذلك لأن الحق يكون دائما غير مادى . والمادى هو الشىء محل الحق ، أما الحق فهو معنوى ، أى يقوم فى الفكر مجردا غير محسوس . وكل من الحق العينى والحق الشخصى — وهما الحقان اللذان يقعان على الشىء المادى — هو معنوى ، ولا يمكن أن يكون ماديا . فحق الملكية معنوى يقع على شىء مادى ، وكذلك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز . والحقوق الشخصية جميعها ، سواء كان محلها نقل حق عينى أو كان عملا أو امتناعا عن عمل ، معنوية لا مادية ، وإن كانت تتعلق بأشياء مادية .

ويرجع إلى القانون الرومانى القول بالحق المادى ، أى الخلط بين الحق ومحله . فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق من عينية وشخصية ، إذ كان حق الملكية يفارق سائر الحقوق بأنه يعطى صاحبه أوسع السلطات على الشىء الذى يقع عليه ، فيستغرق الحق الشىء فى نظر هؤلاء الفقهاء . ومن ثم سهل عليهم أن يخلطوا ما بين حق الملكية وهو غير مادى كما قلمنا كسائر الحقوق ، وبين الشىء وهو مادى دائما . وترتب على هذا الخلط بين الحق ومحله أن كسب حق الملكية فى نظرهم طبيعة الشىء ، فصار هو أيضاً ماديا مثله . ومن هنا استطاع الفقه الرومانى أن يقسم الحقوق إلى مادية وهذا هو حق الملكية على الوجه الذى بسطناه ، وإلى غير مادية وهذه هى الحقوق جميعا من عينية وشخصية ما عدا حق الملكية . والصحيح هو ما قدمنا

من أن جميع الحقوق ، ويدخل فيها حق الملكية ، غير مادية ، أى لا تدرك إلا بالفكر ، وليس لها جسم محسوس تتمثل فيه كما تتمثل الأشياء المادية فى أجسام محسوسة .

وإذا كان التقسيم ما بين مادى وغير مادى لا يرد على الحقوق لأنها كلها غير مادية ، فإنه يرد على الأشياء ، فمنها المادى (corporel) وهو الغالب ومنها غير المادى (intellectuel) . وقد كانت الأشياء المادية وتقسيماتها والحقوق التى ترد عليها محل البحث فى الباب الأول . أما هنا فى الباب الثانى ، فمحل البحث هو الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها . والحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية هى من باب أولى غير مادية ، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية ، سواء وقعت على شىء مادى أو على شىء غير مادى .

والشىء غير المادى هو شىء لا يدرك بالحس ، وإنما يدرك بالفكر . وأكثر الأشياء غير المادية هى نتاج الذهن ، ولذلك أمكنت تسميتها بالأشياء الذهنية (choses intellectuelles) ، وأمكن أن تسمى الحقوق التى ترد عليها بالحقوق الذهنية (droits intellectuels) . وننظر الآن ما هى الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية ، وكثرتها الغالبة تنظمها تشريعات خاصة ، وقد نصت المادة ٨٦ مدنى على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الأموال المعنوية هى التى ترد على شىء غير مادى » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى « الأموال التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » ، وأصبح رقمه ٨٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٨٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشارى محكة النقض بتعديل النص على الوجه الآتى : « الملكية الأدبية والفنية والصناعية تنظمها قوانين خاصة » ، ورأوا فى الوقت ذاته أن المشروع هو الفرصة المناسبة لتنظيم هذه الملكية ذلك التنظيم المرتقب من سنة ١٨٨٣ . فرد مندوب الحكومة بأن الحقوق التى ترد على شىء غير مادى لا تقتصر على هذه الأنواع الثلاثة من الملكية ، وإنما تجاوزها إلى أنواع أخرى كلكية المحل التجارى بوصفه مجموعا من الحقوق والديون التى صدرت تشريعات خاصة تنظم المعاملات المتعلقة بها ، ولو أخذ بالاقتراح لقصر النص عن الإعراب عن دلالته . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبعد جهة توضع فيها أحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية هى القانون المدنى ، ولم يسلك أى من القوانين الحديثة السبيل المقترح ، لان تنظيم هذا النوع من الملكية ليس مجرد مسألة داخلية ، بل إن هذا —

١٦٥ — الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية : أكثر هذه الحقوق كما قدمنا هي حقوق ذهنية . والحقوق الذهنية هي حق المؤلف (droit d'auteur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية (propriété littéraire at artistique) ، والحقوق المتعلقة بالرسالة (droits sur les lattres missives) وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل (propriété des lettres missives) ، وحق المخترع (droit d'inventeur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية (propriété industrielle) . ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعا أنها حقوق ذهنية كما قدمنا ، فهي نتاج الذهن وخلقه وابتكاره ، ونتولى بحثها في هذا الباب .

ونترك حقوقا أخرى ترد على أشياء غير مادية هي الحقوق التي يتكون منها المتجر (fonds de commerce)[1] ، وقد اصطلح على تسميتها هي وسندات

= النظام جانبا دوليا هو الذي تحت نظر من ارتبط من الدول باتفاقية جنيف التي عقدت في هذا الشأن ولم تر مصر الانضمام إليها . وإزاء هذه الاعتبارات التي راعتها التقنينات المدنية بوجه عام في إغفال تنظيم هذه الملكية ، وإزاء ما هو معلوم من تشعب الأحكام الخاصة بهذا التنظيم ودقة المسائل التي تثيرها ولاسيما في المرحلة الراهنة من حياة الثقافة في مصر ، لا يسع الحكومة إلا أن ترجو اللجنة إقرار مسلك المشرع في مجرد الإحالة إلى تشريع خاص . وقد قررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقتراح المقدم ، وبقاء المادة على أصلها مع استبدال كلمة « الحقوق » بكلمة « الأموال » لأن الأولى أدق في بيان المقصود . وأصبح رقم المادة ٨٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٥ — ص ٤٧٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ١٢ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني المختلط .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : التقنين المدني السوري م ٨٩ (مطابق) — التقنين المدني الليبي م ٨٦ (مطابق) . التقنين المدني العراقي م ٧٠ وتجرى على الوجه الآتي : « ١ — الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف والمخترع والفنان . ٢ — ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة » — قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

[1] (١) ويتكون المتجر من عناصر مادية كالبضائع والمهمات ، وعناصر معنوية أهمها ما يأتي : الحق في العملاء (droit à la clientèle) ، والحق في الإيجار (droit au bail) ، والسمعة التجارية أو الصقع (achalandage) ، والاسم التجاري (nom commercial) والعنوان التجاري (raison sociale) ، والشارة أو السيماء (enseigne) .

التداول التجارية (titres négociables)[١] بالملكية التجارية (propriété commerciale) ، لأن هذه الحقوق والسندات هى من صميم مباحث القانون التجارى .

ونفرد الفصل الأول من هذا الباب لحق المؤلف لأهميته . ونعرض فى الفصل الثانى للحقوق المتعلقة بالرسالة ، ثم لحق المخترع فى إيجاز إذ هو أدخل فى مباحث القانون التجارى[٢] .

وقبل ذلك نقول كلمة فى طبيعة هذه الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ، وهل هى حقوق ملكية كما يطلق عليها عادة ، أو هى حقوق تختلف بطبيعتها عن حق الملكية .

١٦٦ — طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية : اشتد الجدل فى تكييف طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية . فقد بلغ التحمس بفريق أن عدوا حق المؤلف ، لا حق ملكية فحسب ، بل هو من أقدس حقوق الملكية[٣] . وملكية الإنسان لنتاج ذهنه وتفكيره ولمبتكراته العقلية ، كما يقول هذا الفريق ، هى الملكية التى تتصل بالصميم من نفسه ، وتتجسم فيها شخصيته . وهى أولى كثيرا بالحماية من الملكية المادية ، التى تقتضى حتما أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله . وكان هذا التحمس ضروريا حتى يستقر فى الأذهان أن

---

(١) وسندات التداول التجارية نوعان : النوع الأول هو الأوراق المالية (valeurs mobilières) ، وهى الأسهم والسندات وسندات قروض الدولة . والنوع الثانى هو الأوراق التجارية (effets de commerce) ، وهى الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات .

(٢) ويوجد أخيراً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية (properiété scientifique) ، وهى حق يقع على الفكر المجرد ، دون أو قبل أن يتخذ لباسا ماديا من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة ، إذ يصبح بعد اتخاذ هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية – انظر فى الملكية العلمية : Vigneron رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ – Syzanne Muncier رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ – Nettre رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ – Robin رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ – Vivante فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤ – Roubier فى الأسبوع القضائى سنة ١٩٢٥ ص ٢٠١ – Olagnier فى حق العلماء سنة ١٩٣٨ .

(٣) يؤثر عن لامارتين قوله عن حق المؤلف : (la plus sainte des propriétés)

نتاج الفكر ، وهو شيء غير مادى يخرج عن العالم المحسوس فلا تحويه اليد ولا تتعلق به الحيازة ، يمكن أن يكون كالشيء المادى محلا للملكية . وترددت أصداء هذه الدعاية فى جميع النواحى ، حتى نجحت فى خلع وصف الملكية على حق المؤلف وحق المخترع ، فأصبح الفقه ، بل والتشريع نفسه ، يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصناعية . وعندما أصدر المشرع الفرنسى قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ليحل محل التشريعات التى سبقته فى حق المؤلف والمخترع ، وصف هذا الحق بأنه « حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة » (droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous)[١] .

ووقف فى وجه هذا الفريق المتحمس فريق آخر ينكر على حق المؤلف والمخترع أن يكون حق ملكية ، ويتحمس هو أيضاً فى هذا الإنكار[٢] .

وإذا كان المقصود بعبارة « الملكية الأدبية والفنية والصناعية » هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك ، فهذا صحيح . وهذا هو المعنى الذى قصد إليه أولا ، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح فى سبيل حماية حق المؤلف . أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقى ، وأن الحق إذا وقع على شيء غير مادى لا يختلف فى طبيعته عما إذا وقع على شيء مادى ، فهذا أمر فى حاجة إلى إمعان فى النظر .

ذلك أن الشيء غير المادى هو شيء لا يدخل فى عالم الحس ولا يدرك إلا بالفكر المجرد ، فهو حتما يختلف فى طبيعته عن الشيء المادى الذى يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه . فإذا خطونا خطوة أخرى ، وتصورنا أن هذا

---

(١) أما فى مصر ، فإن قانون حماية المؤلف (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) قد تجنب عمداً أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية ، مؤثراً عدم الخوض فى هذه المسألة التى يجدر تركها للفقه والقضاء يسايران فيها مقتضيات التطور . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور : « وقد روى فى المشروع المطروح ... عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وأن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها » .

(٢) انظر Ch. Renouard و P. J. Proudhon وقد أشير إليهما فى بلانيول وريبير وبيكار ٣ ص ٢٧٧ هامش ١ .

للشيء غير المادى هو الفكرة من خلق الذهن وابتكاره ، أدركنا المدى الواسع الذى يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة . فالمادة تؤتى ثمارها بالاستحواذ عليها ، والاستئثار بها . أما الفكر فعلى النقيض من ذلك ، يؤتى ثماره بالانتشار لا بالاستئثار ، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقر فى أذهانهم ، وعندئذ يمكن القول بأن الفكر قد أتى حقا ثماره . صحيح أن الفكر يحتاج إلى مجهود عقلى ، والمجهود العقلى لا شك فى أنه عمل مضن شاق . ولكن جزاء المجهود ليس حتما هو الملكية ، بل إن جزاءه هو الأجر ، شأنه فى ذلك شأن أى عمل آخر مادى أو فكرى . ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه فى الجزاء المالى على عمله ، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التى تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر ، بل هو الحق المالى للمؤلف أو المخترع فى احتكاره استثمار فكره مادام حيا ولمدة معقولة بعد وفاته .

وتتنافى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر من ناحيتين : (الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها ، ومن ثم فقد وجب تقييد نتاج الفكر بهذا الاعتبار الأساسى ، فيوجد إلى جانب الحق المالى للمؤلف الحق الأدبى . وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف ، حتى بعد أن يبيع حقه المالى للناشر ، أن يعيد النظر فى فكره . وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره ، بل وله أن يتلفه بعد أن يعوض الناشر ، وبذلك يستطيع أن يرجع بإرادته وحده فيما سبق له إجراؤه من التصرف . أما من يتصرف فى شيء مادى تصرفا باتا ، فليس له بإرادته وحده أن يرجع فى هذا التصرف ، ولو فى مقابل تعويض[1] . (والناحية الثانية) أن الفكر كما قلمنا حياته فى انتشاره لا فى الاستئثار به ، وإذا كان صاحب الفكر هو الذى ابتدع نتاج فكره ، فالإنسانية شريكة له من وجهين . وجه تقضى به المصلحة العامة ، إذ لا تتقدم الإنسانية إلا بفضل انتشار الفكر . ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما للإنسانية ، ففكره ليس إلا حلقة فى سلسلة ، تسبقها

---

(١) والحق الأدبى للمؤلف على النحو الذى بسطناه ، ليس حق ملكية ، أو حقا عينيا ، بل هو حق من حقوق الشخصية ، يجب تمييزه بدقة عن الحق المالى الذى نبحثه هنا وحده لنتبين طبيعته (انظر ما يلى فقرة ٢٢٣) .

حلقات وتتلوها حلقات . فهو إذا كان قد أعان من لحقه ، فقد استعان بمن سبقه . ومقتضى ذلك ألاّ يكون حق المؤلف أو المخترع حقا مؤبدا كما هو شأن الملكية المادية . وإذا كانت الملكية المادية لا تستعصى على التأبيد بل هى تقتضيه كما سنرى ، فإن الحق فى نتاج الفكر لا يجوز أن يكون مؤبدا بل لابد فيه من التوقيت .

من أجل ذلك يجب أن ننفى عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استئثار مؤبد ، فى حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال موقت . وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما نفت ، منذ عهد بعيد ، عن حق المؤلف صفة الملكية ، وكيفته بأنه « حق امتياز احتكارى لاستثمار موقوت » (privilàge exclusif d'une exploitation temporaire)[1] . وإذا اعترض على هذا القول بأنه أقرب إلى الوصف منه إلى التكييف ، وبأنه لا يحلل حق المؤلف ولا ينفذ إلى طبيعته ، أمكن أن يضاف إلى ما قالته محكمة النقض أن حق المؤلف هو أولا حق كسائر الحقوق . وخصيصته أنه يقع على شيء غير مادى ، وهذا يقتضى مطاوعته لطبيعة الأشياء غير المادية ، ويبتعد به عن أن يكون حق ملكية . ولكن ذلك لا يمنع من أنه يشارك الحق العينى الأصلى فى خصائصه ، فهو سلطة تنصب مباشرة على شيء معين ، وإن كان شيئا غير مادى ، وهذه السلطة نافذة فى حق الناس كافة[2] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ – ١ – ١٧ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٥ . وأكثر الفقهاء فى فرنسا من هذا الرأى : ديبوا فقرة ٢٣٢ – فقرة ٢٣٣ وفقرة ٢٥٩ وما بعدها – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧٤ ص ٥٧٨ ومع ذلك انظر فقرة ٥٦٤ – روبييه فى حق الملكية الصناعية ١ فقرة ٢١ ، ومقاله فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٢٨٣ – بيدان وفواران ٤ فقرة ١٦١ ص ١٧٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤٥٠ وفقرة ٣٤٧٤ – جوليودى لامورانديير ١ فقرة ٥٥ وفقرة ١٤٧٦ – وقارب كاربونييه ٢ ص ٢٨١ – ٢٨٢ .

وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية : جوسران ١ فقرة ١٥٢٧ – بنكاز ٥ فقرة ٣٨٨ – مارتى ورينو ٢ فقرة ٤٢٩ – **Mousseron** فى حق المخترع رسالة من مونبلييه سنة ١٩٦١ .

(٢) وحق المؤلف أو المخترع هو ، فى الواقع من الأمر ، أقرب إلى حق الانتفاع منه إلى حق الملكية ، لولا أنه يبقى بعد موت صاحبه لمدة موقوتة .

ويخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عينى أصلى يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شىء غير مادى[1] .

---

(١) وقد انقسم الفقه فى مصر فى هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية إذ أن فيه مقومات حق الملكية . وإذا نقصه التأبيد فلا يوجد ما يمنع فى نظر هذا الفريق من أن يكون حق الملكية غير مؤبد : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٩٠ - إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٧٣ - ص ٧٥ - منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٠ - ص ١٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فى حق الملكية فقرة ١٩٣ - وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه احتكار للاستغلال فى الجانب المالى وحق من حقوق الشخصية فى الجانب الأدبى : محمد على عرفة فقرة ٣٧٦ - عبد المنعم البدراوى فقرة ١٨٩ والمدخل فى القانون الخاص فقرة ٢٧٠ - حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٦ - سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٣ - رسالة عبد المنعم الطناملى فى الحق الأدبى للمؤلف ص ١٣ - ص ١٩ - وانظر أيضاً شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٦٣ (ويبدو أنه يذهب إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، ولكنه حق عينى معنوى فى جانبه المالى ، وحق من حقوق الشخصية فى جانبه الأدبى) .

انظر فى القضاء المصرى استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ (ويذهب الحكم إلى أن حق المؤلف هو حق احتكار للاستغلال على مذهب محكمة النقض الفرنسية) . ولكن الكثرة من الأحكام تستعمل عبارة « الملكية الأدبية والفنية » : استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ - مصر الكلية ٢ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠١ ص ١١١٠ - مصر الكلية (مستعجل) ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ - استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٣ - ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧ .

وقد كان التقنين المدنى الوطنى السابق (م ١٢) يصرح بأن حق المؤلف أو المخترع حق ملكية ، فيقول : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته ، وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته ، على حسب القانون الخاص بذلك » . ولكن التقنين المدنى الجديد تجنب وصف حق المؤلف أو المخترع بأنه حق ملكية ، واقتصر فى المادة ٨٦ منه كما رأينا على أن يقول : « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

الفصل الأول
حق المؤلف(*)
(الملكية الأدبية والفنية)

١٦٧ — التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف : لم يكن حق المؤلف

(*) مراجع : Renouard فى حقوق المؤلف فى الآداب والعلوم والفنون (جزءان) سنة ١٨٣٨- سنة ١٨٣٩ — Worms فى الملكية الأدبية (جزءان) سنة ١٨٧٨ — Delalande فى الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٠ — Lyon-Caen et Delalain فى التشريعات الفرنسية والأجنبية المتعلقة بحق الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٨٨٩ — سنة ١٨٩٠— Masse فى الحق الأدبى للمؤلف على مصنفه رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — Pouillet فى الملكية الأدبية والفنية الطبعة الثالثة (Maillard et Clars سنة ١٩٠٨) وتكلمه Taillefer et Claro سنة ١٩١٨) — Pérussau رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — Benoit Joly فى الحماية القانونية للملكية الفنية سنة ١٩١٤ — Bry فى الملكية الصناعية والأدبية والفنية الطبعة الثالثة سنة ١٩١٤ — Stofli فى الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٩١٦ وسنة ١٩٢٥— Chartier فى حقوق الموسيقى على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — Grente فى الحماية القانونية للأعمال الدراماتيكية رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ — Hainneville فى حقوق المؤلف على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — Piola-Caselli فى حق المؤلف سنة ١٩٢٧ — Rault فى عقد النشر فى القانون الفرنسى سنة ١٩٢٧ — Myres رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — Olignier فى حق المؤلف (جزءان) سنة ١٩٣٤ — Michaelidis-Nuaros فى الحق الأدبى للمؤلف سنة ١٩٣٥ — Poirier فى حق المؤلف سنة ١٩٣٦ — Escarra, Rault et Napp فى النظرية الفرنسية فى حق المؤلف سنة ١٩٣٧ — Christea رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ Cheorgiu-Veris فى الحق الأدبى رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — عبد المنعم الطناملى فى الحق الأدبى للمؤلف (بالفرنسية) رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ — Desbois فى حق المؤلف سنة ١٩٥٠ وفى أنسيكلوبيدى داللوز جزء ٤ لفظ Savatier—Prop. Lit Art. فى الحق فى الفن وفى الآداب سنة ١٩٥٣— Raynaud فى حق المؤلف وعقد تحوير مصنفه رسالة من بروكسل سنة ١٩٥٥ .

محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٨٥ — فقرة ٢١١ — شفيق شحاته فقرة ١٥٧ — فقرة ١٧٥ — محمد على عرفة فقرة ٣٧١ — فقرة ٣٩٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٨٦ — فقرة ٢٠٤ مكررة — إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥١ — ص ٧٥ — حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٣ — فقرة ٢٥٩ — سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة فقرة ٢٥٣ — فقرة ٢٥٩ — منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٦٦ — ص ١٠١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٠ — فقرة ٢٣٦ .

يحميه القانون القديم . وإنما ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطبعة التى أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد ، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكرى ربحا ماديا كبيراً . ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقابا طويلة ، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تتناهبها الناس . على أن المؤلف ، فى عهد الملكية فى فرنسا قبل الثورة ، كان يحصل على إذن (lettre de chancellerie) فى طبع كتابه ، فكانت حمايته تأتى عن طريق هذا الترخيص الملكى (concession royale) الذى كان يصدر به نسخ مصنفه أو بختنه‍ا . ثم جاءت الثورة الفرنسية ، فعنى رجالها بإصدار التشريعات التى تحمى حق المؤلف[1] . وكان أول تشريع صدر فى هذا الشأن هو قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ ، وقد اقتصر على حماية مؤلفى المسرحيات ، فجعل للمؤلف وحده الحق فى نشر مسرحيته طول حياته ، ثم لورثته مدة خمس سنوات بعد موته . ثم صدر قانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٢ ، يمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية ، ويطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات . وقد أطيلت هذه المدة إلى عشرين سنة بدكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحقه طول حياتها إذا كان النظام المالى للزواج يعطيها هذا الحق . ثم جعل قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ هذا الحق للأرملة دون حاجة لشرط فى النظام المالى للزواج ، وأطال فى الوقت ذاته مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى ثلاثين سنة . وحدد قانون ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ حقوق ورثة المؤلف وخلفائه ، وأطال مدة الحماية إلى خمسين سنة . وتلى ذلك تشريعات تفصيلية : قانون ١١ مارس سنة ١٩٠٢ وقانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ وقانون ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٤ . وقد صدر أخيراً قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو قانون جامع شامل فى حق المؤلف ، حل محل ما سبقه من التشريعات المتناثرة التى أسلفنا ذكرها .

وفى النصف الثانى من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التى تطالب بحماية حق المؤلف ، وانتهى الأمر إلى إنشاء الجمعية الأدبية والفنية فى

---

(١) كانت فرنسا هى البادئة بحماية حق المؤلف ، ثم تلتها انجلترا فى عام ١٨١٠ ، ثم أمريكا فى عام ١٨٣١ .

شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ فى باريس[١] . وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن فى ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف[٢] ، وأنشئ اتحاد بين الدول التى أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها ، كما أنشئ مكتب دولى يتبع حكومة الاتحاد السويسرى سمى بمكتب الاتحاد الدولى لحماية المؤلفات الأدبية والفنية . وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية حق المؤلف ، فعقد مؤتمر فى باريس سنة ١٨٩٦ ، وثان فى برلين سنة ١٩٠٨ ، وثالث فى روما سنة ١٩٢٨ ، ورابع فى بروكسل سنة ١٩٤٨ . ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة ، فنظمت عقد اتفاق عالمى وقعت عليه فى جنيف فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ دول كثيرة ، لم تكن مصر من بينها . وقد نص فى هذا الاتفاق على أنه لا يؤثر بأى وجه فى اتفاقية برن ، ولا فى انضمام أية دولة إلى الاتحاد الدولى الذى أنشأته هذه الاتفاقية . وفى خصوص مدة الحماية ، وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته . أما بالنسبة إلى الترجمة ، فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق ، جاز لأى شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة ، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلا (٣) .

---

(١) وكان للخطاب التاريخى الذى ألقاه ڤيكتور هيجو فى الحفل الختامى لمؤتمر الكتاب الذى عقد فى باريس عام ١٨٧٨ أثره الفعال فى إنشاء هذه الجمعية الدولية ، وقد أنشئت لرعاية حق المؤلف دوليا والدفاع عنه بجميع الطرق .

(٢) وقد أكملت معاهدة برن فى باريس فى ٤ مايو سنة ١٨٩٦ ، وعدلت فى برلين فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، وفى روما فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٨ ، وفى بروكسل فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٤٨ . ولم تنضم إليها مصر حتى الآن . وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٧ من هذه المعاهدة : « تشمل الحماية التى تكفلها هذه المعاهدة مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته » . وجاء فى المادة ٨ : « يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه المعاهدة طوال حياتهم بحقوقهم على المصنف الأصلى ، وبحق مطلق فى ترجمة أو إجازة ترجمة مصنفاتهم » .

(٣) وهذا ما جاء بالمادة ٥ من اتفاقية اليونسكو لحماية حقوق المؤلفين فى خصوص حق الترجمة : « ١ – يشمل حق المؤلف الحق المطلق فى عمل أو نشر أو إجازة عمل أو نشر تراجم المصنف الذى تنطبق عليه الحماية المقررة فى هذه الاتفاقية . ٢ – ومع ذلك فمن حق كل دولة متعاقدة أن تضع –

أما فى مصر ، فقد كان التقنين المدنى الوطنى السابق ينص ، كما رأينا ، فى المادة ١٢ منه على أن « يكون الحق فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المختلط . وردد التقنين المدنى الجديد صدى التقنين المدنى الوطنى السابق ، فنص ، كما رأينا ، فى المادة ٨٦ منه على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وورد فى تقنين العقوبات نصوص لحماية هذه الحقوق ، تفرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف . على أن القضاء المصرى أخذ يحمى هذه الحقوق بموجب قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعى (م ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وم ١١ من التقنين المدنى المختلط وم ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة)[1] . وفى الوقت ذاته أسهمت مصر — كما تقول

= فى قانونها الداخلى قيودا بالنسبة إلى ترجمة المصنفات وفقا للأحكام التالية : إذا انقضت سبع سنوات من تاريخ أول نشر لمصنف ولم تنشر ترجمة لهذا المصنف باللغة القومية أو بإحدى اللغات القومية السائدة فى الدولة المتعاقدة بواسطة صاحب الحق فى الترجمة أو من أجيز فيها ، فلكل شخص تابع لهذه الدولة أن يلجأ إلى الجهات المختصة فى الدولة ويطلب منها رخصة — غير قاصرة عليه وحده — لترجمة المصنف إلى اللغة القومية التى لم يترجم إليها . ولا تمنح هذه الرخصة إلى الطالب إلا إذا أثبت بالطرق المتبعة فى الدولة أنه طلب إلى صاحب الحق فى الترجمة الإذن له فى ترجمة المصنف ونشره ، وأنه لم يستطع الوصول إلى صاحب الحق أو أخذ إجازته بالرغم مما بذل من جهد ... يجب أن يقرر التشريع الداخلى الإجراءات الكفيلة بأن ينال صاحب الحق فى الترجمة أجراً مناسبا مقابل ذلك مع ضمان دفعه وإرساله ، وكذلك وجوب إجراء الترجمة بدقة .. » .

ومن المؤتمرات التى عقدها اليونسكو من أجل حماية حق المؤلف مؤتمر روما الذى عقد فى أكتوبر سنة ١٩٦١ ، وقد قرر حق المؤدى فى الأداء ، بعد معارضة شديدة قامت على أساس أن المؤدى لم يبتدع شيئا . وقد قضت المادة ٢ من الاتفاقية التى وضعت فى هذا الشأن . بمنع تسجيل الأداء الشخصى للفنان وإذاعته مباشرة بدون الموافقة الصريحة أو الضمنية لمن يؤديه ، ويعتبر فى حكم الأداء المباشر الأداء الذى يتم بواسطة الإذاعة اللاسلكية مباشرة ، ولا تنتهى هذه الحماية قبل انتهاء السنة العاشرة التالية لتلك التى حصل فيها الأداء . وقررت المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة حق المسجل فى الترخيص أو فى حظر نقل التسجيل الصوتى الذى قام به ، ويشمل النقل أيضاً نقل التسجيل الصوتى عن طريق الإذاعة ، ومدة الحماية عشر سنوات تلى السنة التى حصل فيها التسجيل . (انظر نصوص الاتفاقية فى كتاب حق المؤلف العربى للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ١١١ — ص ١١٥)

[1] استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٠ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ =

المذكرة الإيضاحية لقانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ — « فى المؤتمرات الدولية التى عقدت لتنظيم حقوق المؤلفين . ذلك أن لجنة التعاون الفكرى فى عصبة الأمم قررت فى شهر ديسمبر سنة ١٩٢٣ أن تدعو إلى الانضمام إلى

= م ٨ ١ص٢٦٦ – استئناف وطنى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٢٨ ص ٨٣٣ – مصر الوطنية ٢ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ نص الشارع فى المادة ١٢ من القانون المدنى القديم على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته على حسب القانون المخصوص بذلك » ، وإذ جاء قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بنصوص فى المواد ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ لحماية هذه الحقوق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، فإن ذلك يدل على أنه قد اعترف بحق المؤلف على مصنفاته ، ووصف هذا الحق بأنه حق ملكية مع ما فى هذا الوصف من تجوز . وإذ كان التشريع الخاص بتنظيم حماية هذا الحق والذى أشارت إليه النصوص المتقدمة لم يصدر إلا فى سنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ سنة ١٩٥٤ ، مما أدى إلى تعطيل نصوص قانون العقوبات فى هذا الشأن ، فإن هذا لا ينفى اعتراف الشارع بحق المؤلف – وللمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التى يراها ، فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه ، وإلا كان عمله عدوانا على الحق الذى اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالا به ، وبالتالى عملا غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية فاعلة عن تعويض الضرر الناشئ عنه طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢) . وقضت أيضاً بأنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالى المقرر للمؤلف ، إلا أن الرأى كان مستقراً على أن هذه الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل (نقض مدنى ٧ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه بالرغم من قصور المادة ١٢ مدنى ومن عدم وجود القانون الخاص الذى تحيل إليه هذه المادة ، فإن نصها صريح فى اعتراف الشارع بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته . ولا ينقص من شأن هذا الاعتراف كونه مقرونا بالإحالة إلى القانون الخاص ، لأن هذا القانون كما يذكر النص العربى للمادة ليس إلا بشأن ما يتعلق بالحقوق أو كما يذكر النص الفرنسى ما هو إلا لتنظيم الحق (la prop. lit. est réglée) ، وبديهى أن تنظيم الحق لا يتعارض فى شىء مع وجوده ، بل إن تنظيم الشىء فرع عن وجوده . وتقرير المادة المذكورة حق المؤلف صراحة ، فإنها تغنى القضاء الأهلى عن الالتجاء إلى القانون الطبيعى أو مبادئ العدل توصلا إلى تقريره كما فعلت المحاكم المختلطة التى ليس لديها مقابل المادة ١٢ . ومتى اعترف الشارع بحق وجبت له الحماية ، فالحماية والحق متلازمان . ولا يستطيع القضاء أن يوقت حق المؤلف دون نص تشريعى ، فليس أمامه إلا أن يقرر أن حق المؤلف ينتقل بالإرث كغيره ويبقى لورثة أبد الآبدين ، فهذا هو الحل القانونى الوحيد الممكن الذى يحول بين القضاء وبين الافتيات على سلطة المشرع (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

اتفاقية برن جميع الدول التى لم تنضم إليها بعد . وقد وافق مجلس عصبة الأمم على هذا القرار فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٤ . فوجهت الأمانة العامة للعصبة فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ دعوة إلى مصر للانضمام إلى هذه الاتفاقية . وقد لقيت هذه الدعوة عناية من الحكومة المصرية ، فألفت فى شهرأغسطس من هذا العام لجنة لبحث هذا الموضوع وتقرير الشروط التى تجب مراعاتها عند انضمام مصر إلى هذه الاتفاقية . وقد أتمت هذه اللجنة مهمتها ، وقدمت فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ تقريرا جاء به : إن المادة ٢٥ من الاتفاقية تحتم وجود تشريع وطنى فى موضوع حماية حقوق المؤلفين ، ولما كان هذا التشريع غير موجود فى مصر . فقد اضطرت المحاكم المختلطة دفاعا عن الملكية الأدبية إلى الالتجاء إلى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها (القديمة) وإلى المادة ١١ من القانون المدنى المختلط (وتنص كلتا المادتين على تطبيق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند عدم وجود نص فى القانون أو عدم كفايته أوغموضه) . غير أن تلك الحماية . التى لا سند لها إلا أحكام القضاء ، لا تغنى عن حماية تستند إلى تشريع خاص بقواعد ثابتة وحدود معينة . وانتهت فى ختام تقريرها إلى القول بأن التأليف وإن لم يبلغ فى مصر الدرجة المرجوة من الذيوع والانتشار ، إلا أن الاعتبارات الدولية تدعو وحدها لسن القوانين اللازمة لحماية المؤلفات . وقد أخذت الحكومة وقتئذ فى وضع تشريع لحماية حقوق المؤلفين ، وألفت لهذا الغرض لجنة فى شهر فبراير سنة ١٩٢٦ ، وقد انتهت من وضع المشروع فى أول مارس سنة ١٩٢٧ . ولكنها وقفت عند هذا الحد ، فلم يستأنف المشروع خطواته التشريعية . وقد دعيت مصر بعد ذلك للاشتراك فى مؤتمر روما .. الذى عقد فى ٧ مايو سنة ١٩٢٨ لإعادة النظر فى اتفاقية برن ، فلبت هذه الدعوة ، وأوفدت مندوبين عنها للاشتراك فى هذا المؤتمر اشتراكا مقصورا على تتبع أعماله والاشتراك فى مناقشاته ، دون الارتباط بشىء باسم الحكومة المصرية . وقد قدم الوفد تقريراً ضمنه التعديلات التى أدخلها المؤتمر على معاهدة برلين . كذلك دعيت للاشتراك فى المؤتمر الذى عقدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية فى مدينة بلجراد فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ ، فلبت الدعوة واشتركت فى أعمال هذا المؤتمر . وقد أعرب رئيسه وأعضاؤه عن أملهم فى أن يصدر قريبا التشريع المصرى الخاص بحماية حقوق المؤلفين ، وألا يتأخر انضمام مصر إلى معاهدة

برن . كما أبدى الرئيس رغبته فى انعقاد المؤتمر اللاحق للجمعية فى مدينة القاهرة ، وقد تحققت هذه الرغبة فعقد هذا المؤتمر بالقاهرة فى شهر ديسمبر سنة ١٩٢٩ . وعرضت الحكومة المصرية على المؤتمر مشروع القانون سالف الذكر ، وقد وصفه رئيس المندوبين المصريين بأنه يأخذ بأحدث المبادئ القانونية مع مراعاة تقدم العلوم واختراع الوسائل الحديثة لنشر الأخبار . فأجاب على ذلك رئيس المؤتمر قائلا إن المشروع مطابق لجميع المبادئ التى بنى عليها اتفاق برلين سنة ١٩٠٨ فيما عدا نقطتين : (الأولى) مدة حفظ حقوق التأليف التى جعلت فى المشروع طيلة حياة المؤلف وثلاثين سنة بعد وفاته ، فى حين أنها فى اتفاق برلين مدة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . (والثانية) مدة حفظ حق الترجمة حيث جعلت فى المشروع عشر سنوات بعد نشر المؤلف ، بدلا من المدة التى تضمنها اتفاق برلين وهى مدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته أى مدة حماية المؤلف نفسه . وأضاف رئيس المؤتمر إلى ذلك قوله : إن المشروع المصرى مطابق لمشروع القانون النموذجى الذى وضعته الجمعية الدولية الأدبية والفنية مع شيء من التوسع »[1] .

وبقى المشروع على حاله دون أن يسن قانونا مدة طويلة ، وضعت فى أثنائها اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية فى سنة ١٩٤٨ مشروعا لحماية حق المؤلف ، أوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذه قانونا لكل منها[2] .

---

(١) ثم تقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف بعد ذلك ما يأتى : « وفى أثناء مفاوضات مؤتمر مونتريه لإلغاء الامتيازات الأجنبية ، رغب مندوب إيطاليا إلى الدول المشتركة فى المفاوضات أن تطلب إلى الحكومة المصرية : أولا — أن تسن قانونا يحمى حماية فعلية ما للرعايا الأجانب من حقوق التأليف . ثانيا — أن تكفل هذه الحماية بعقوبات جنائية تدخلها فى القانون الجنائى المصرى الجديد . ثالثا — أن تشترك فى اتفاقية برن التى أعيد النظر فيها فى مدينة روما . وقد انضم إليه فى هذه الرغبة مندوب فرنسا . فأجاب المفاوض المصرى على ذلك قائلا : إن الحكومة المصرية لم يفتها الاهتمام بتلك المسألة الخاصة بحقوق التأليف ، وذلك لمصلحة المؤلفين الأجانب ولمصلحة المؤلفين المصريين معاً » .

(٢) وتقضى المادة ٢٣ من مشروع جامعة الدول العربية بأن ينقضى حق الورثة فى استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف . وتقضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال هم : أولا — زوج المؤلف وفروعه . ثانيا — أصوله . ثالثا — إخوته ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذه الحقوق إلا بعد انقراض الفريق الذى يسبقه ، وتقسم =

وأخيراً فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، صدر بالمشروع قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو قانون ، كما تقول مذكرته الإيضاحية : « يكفل حقوق المؤلفين ، ويأخذ فى هذا الصدد بأحدث المبادئ التى تضمنتها المعاهدات الدولية التى سلفت الإشارة إليها ، فضلا عن مبادئ التشريعات الحديثة فى الدول الأوروبية . وتوفق أحكامه بين حقوق المؤلفين وحقوق الهيئة الاجتماعية ، كما توفق بين حقوق المؤلفين وحقوق الناشرين . وتبين مدى حق المؤلف ، وتظاهر هذا الحق ، كما تورد تفصيلا جامعا غير مانع لأنواع المؤلفات والمصنفات التى تضفى عليها الحماية » . وهذا هو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر .

وقد أعد مشروع جديد لحماية حق المؤلف . لايزال مشروعا حتى اليوم . وقد جاء فى مذكرته الإيضاحية ، بيانا لأسباب إعداده ولما يمض على القانون المعمول به وقت طويل ، ما يأتى : « ولقد كان من الطبيعى ، بمناسبة مراجعة التشريعات القائمة مراجعة شاملة بقصد الملاءمة بين أحكامها والتطورات الاشتراكية فى مجتمعنا ، أن يعاد النظر فى التشريع المنظم لحماية حق المؤلف فى الجمهورية العربية المتحدة . ولذا فقد أعد هذا المشروع المرافق ، وهو يتضمن من المبادئ ما يتفق فى جملته مع أحدث المبادئ التى انتهت المؤتمرات الدولية السالف الإشارة إليها إلى إقرارها ، وما تضمنه مشروع الجامعة العربية» . على أن هذا المشروع الجديد لايتضمن جديدا . إلا فى مسائل قليلة أهمها : (١) جعل مدة الحماية بعد موت المؤلف خمسا وعشرين سنة بدلا من خمسين (وخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة فيما يتعلق بنقل المناظر نقلا آليا) . ولعل هذا التعديل هو أهم ما جاء بالمشروع ، ولعله هو الغرض

= الثلة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . وتقضى المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف فى ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية إذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، وتجوز ترجمة المصنفات إلى اللغة العربية بعد مرور سنة من تاريخ طلب الترخيص فى ترجمتها من المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة دون قيامه بها ، وفى هذه الحالة يعوض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعويضا عادلا . (انظر نصوص هذا المشروع كاملة فى كتاب حق المؤلف العربى للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ٧٨ – ص ٩٠) .

الأساسى من وضع المشروع ، وإن كان تعديلا يتسم بالرجوع إلى الوراء فى حماية حق المؤلف ، وهو على كل حال ليس من الاشتراكية فى شىء . (٢) حذف المشروع من قانون سنة ١٩٥٤ النص الذى يسمح للمؤلف أن يوصى بحق استغلاله لمن يشاء من الورثة أو غير الورثة دون أن يتقيد فى ذلك بنصاب الوصية . (٣) شدد المشروع العقوبة الجنائية التى تحمى حق المؤلف ، فجعلها الغرامة من ٢٠ جنيها إلى ٥٠٠ ، وهى فى القانون الحالى الغرامة من ١٠ جنيهات إلى ١٠٠ . (٤) استحدث المشروع نصا موفقا لحماية المؤلف فيما يتعلق بالاتفاق الذى يبرمه مع الناشر ، فأجاز ، إذا اتضح أن هذا الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، أن يقضى للمؤلف زيادة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال المصنف . (٥) استحدث نصا فيما يتعلق بحق المؤلف فى نشر رسائله ، ولكنه جاء نصا غير شامل للحقوق التى ترد على الرسالة . وتوجد فى المشروع ، إلى جانب هذه التعديلات ، تعديلات أخرى تفصيلية غير هامة وتعديلات لفظية محضة . وسنتناول فى أثناء شرحنا للقانون الحالى ، قانون سنة ١٩٥٤ ، كل ما استحدث المشروع من التعديلات ، حتى يكون الشرح شاملا للمشروع فيما إذا قدر له أن يصبح قانونا .

١٦٨ — خطة البحث : وننتقل إلى شرح أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن فى حماية حق المؤلف . وبعد أن نحدد فى الفرع الأول ماهى المصنفات المحمية ومن يعتبر مؤلفا لها ، نعرض فى الفرع الثانى لحقوق المؤلف وطرق حمايتها .

الفرع الأول

المصنفات المحمية ومؤلفوها

١٦٩ — المصنف والمؤلف : نبين أولا ما هو المصنف (oeuvre) الذى يضفى عليه القانون حمايته . ثم نحدد من يعتبر مؤلفا (auteur) لهذا المصنف حتى يتمتع بهذه الحماية .

المبحث الأول

المصنف

١٧٠ — الأساس الذى تقوم عليه الحماية هو الابتكار بغض النظر عن قيمته : تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية المؤلف على ما يأتى : « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم ، أياكان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون على ما يأتى : « وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفى المصنفات التى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة »[1].

ويتبين من هذه النصوص أن المصنف ، حتى يتمتع مؤلفه بحماية القانون ، يجب أن يستوفى ركنا شكليا وركنا موضوعيا .

أما الركن الشكلى فهو أن يكون المصنف قد أفرغ فى صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود ويكون معداً للنشر ، لا أن يكون مجرد فكرة يعوزها الإطار الذى تتجسم فيه . فيجب إذن أن يكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر ، فتكون أصول المصنف المكتوب مثلا ليست مجرد مشروع لا يزال قيد النظر والتنقيح والتغيير والتبديل ، بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائى وأصبحت معدة للطبع والنشر. ولا يهم بعد ذلك نوع المصنف ، ولا طريقة التعبير عنه ، فإن طرق التعبير عن المصنفات تتعدد بحسب نوعها . فمنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الكتابة ، وهذا هو شأن المصنفات الأدبية والعلمية ، وهى تستوفى ركنها الشكلى بمجرد أن تصبح الأصول المعدة للطبع قد بلغت مرحلتها النهائية ولبست الثوب الذى تظهر فيه للجمهور . ومن المصنفات ما يكون مظهر التعبير عنه هو الصوت ، وهذا هو شأن المصنفات الموسيقية والمصنفات التى تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب

---

(١) وقد نقل المشروع الجديد المادة ١/١ كما هى ، وأغفل نص المادة ٢/٢ .

والمواعظ . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الرسم أو التصوير ، وهذا هو شأن المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الحركة ، وهذا هو شأن المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات كالتمثيل والرقص والألعاب وتكون معدة ماديا للإخراج . ومن هنا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف تجمل ما سبق تفصيله ، فتقول كما رأينا : « وتشمل الحماية بوجه عام المصنفات التى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة »[١] . أما الفكرة التى لم تلبس ثوبها النهائى ، فهذه تبقى مجرد فكرة لا يتولى القانون حمايتها . ولكل شخص أن يتناولها ، مؤيدا أو مفندا ، على أن ينسبها لصاحبها .

وأما الركن الموضوعى فهو أن يكون المصنف قد انطوى على شىء من الابتكار ، بحيث يستبين أن المؤلف قد خلع عليه شيئا من شخصيته . فالابتكار هو الأساس الذى تقوم عليه حماية القانون ، وهو الثمن الذى تشترى به هذه الحماية . والمصنف الذى يكون مجرد ترديد لمصنف سابق دون أن يكون فيه أثر للابتكار ودون أن يحمل طابع شخصية المؤلف ، لا يدخل فى حماية القانون . وليس من الضرورى أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية . فأى ابتكار مهما تكن قيمته يكفى ، وتقول المادة ١/١ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا : « أيا كان نوع هذه المصنفات ... أو أهميتها » . وكذلك ليس من الضرورى أن يستحدث الابتكار جديداً ، فالجدة لا تشترط فى الابتكار ، ويكفى أن يضفى المؤلف على فكرة ولو كانت قديمة شخصيته ، وأن تتميز بطابعه ، حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف : « والحكم فى كون المصنف مبتكراً أو غير مبتكر يرجع لتقدير القضاء »[٢] .

---

(١) ولا مقابل لهذا النص فى المشروع الجديد كما قدمنا ، ولكن جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى صدد المادة الأولى منه : « وتوضح المادة أن هذه الحماية تشمل كل مصنف أيا كان مظهر التعبير عنه ، أى سواء كانت الصورة المادية التى يبرز فيها إلى الوجود هى الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحفر أو النحت أو النقش أو العمارة أو الحركة » .

(٢) وليس للقاضى ، فى تقديره لتوافر شرط الابتكار ، أن يقدر القيمة العلمية أو الفنية —

وقد قدمنا أن نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو الغرض من تصنيفها لا يهم ، فيدخل فى حماية القانون أى نوع من المصنفات ، أيا كانت طريقة التعبير عنه ، وأيا كان الغرض من تصنيفه . ويمكن تقسيم المصنفات التى يحميها القانون إلى أنواع ثلاثة : المصنفات الأدبية والعلمية (oeuvres littéraires et scientifiques) والمصنفات الفنية (oeuvres artistiques) ، والمصنفات الموسيقية (oevres musicales) . ذلك أن المصنفات الأدبية والعلمية إنما يكون تأثيرها واقعا على العقل والتفكير ، فى حين أن كلا من المصنفات الفنية والمصنفات الموسيقية يتجه تأثيرها المباشر إلى الحس والشعور . وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الموسيقية فى أن الأولى لابد أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه كالمصور يرسم اللوحة والنحات يصنع التمثال ، فى حين أن المصنفات الموسيقية يجوز أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه أو يقوم بها غير المؤلف . ونتناول بالبحث هذه الأنواع الثلاثة من المصنفات .

المطلب الأول

المصنفات الأدبية والعلمية

١٧١ — أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت فى القانون : أوردت المادة ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر[1] ، أمثلة للمصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الأدبية والعلمية ما يأتى :

١ — المصنفات المكتوبة ، وهذه تشمل جميع المصنفات التى تصل إلى الجمهور عن طريق الكتاب ، فيدخل فيها المصنفات الأدبية والتاريخية والجغرافية

= للمصنف ، فقد ينطوى كتاب على الابتكار حتى لو كان هذا الكتاب من الكتب المدرسية ، أو حتى لو كان الكتاب لا يقرأه إلا العامة (استئناف مختلط ٣ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٥٧) — إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٧ — منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧١ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد : « وأوردت المادة الثانية بيانا للمصنفات التى تشملها هذه الحماية ، وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر » .
والمادة ١/٢ مطابقة للمادة ٢ من المشروع الجديد .

والفلسفية والاجتماعية والقانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيمائية والفيزيائية والجيولوجية ودواوين الشعر والأزجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الآداب والعلوم . ويدخل فيها أيضاً المصنفات فى تاريخ الفنون المختلفة وفى تاريخ الموسيقى ، أما الفنون والموسيقى ذاتها فهذه هى المصنفات الفنية والموسيقية التى سيأتى ذكرها .

٢ – المصنفات التى تلقى شفويا ، كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها . ويراد بذلك ما لم يعد من قبل مكتوبا ، وإلا دخل فى المصنفات المكتوبة ويكون إلقاؤها بعد كتابتها هو نقلها إلى الجمهور مباشرة بطريق التلاوة العلنية ، وسيأتى أن التلاوة العلنية هى طريق من طرق النشر . ويفهم من ذلك أن المصنفات التى تلقى شفويا ولا تدخل فى المصنفات المكتوبة هى المحاضرات والخطب والمواعظ ودروس الأساتذة والندوات التى تدور فيها المناقشات المختلفة وما إلى ذلك ، بشرط أن يكون كل ذلك مرتجلا لم يكتب من قبل ، فيكون اللباس المادى الأول الذى أبرز فيه المصنف هو الكلام لا الكتابة ، ويكون الكلام هو الشكل الذى تجسم فيه المصنف وهو فى الوقت ذاته طريق النشر الذى اختاره المؤلف . وعلى ذلك تشمل الحماية هذه المصنفات ، فلا يجوز مثلا جمع المحاضرات أو الدروس التى ألقاها أحد الأساتذة ، أو المواعظ التى ألقاها أحد الوعاظ ، ونشرها دون إذن المؤلف .

٣ – المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية . وهذه مصنفات تكون فى الأصل مكتوبة ، فتدخل فى عموم المصنفات المكتوبة . وإنما خصها المشرع بالذكر إبرازاً لأهميتها ، ولأنها كثيرة التداول فى الحياة العملية . والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات ، من تراجيدى إلى دراما إلى كوميدى إلى فودفيل إلى غير ذلك من أنواع المسرحيات . وتتجسم فى مصنفات مكتوبة كما قدمنا ، فتشملها الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد نشرها على الجمهور – والنشر هنا يكون بطريق التمثيل المسرحى كما سيأتى – إلا بإذن المؤلف . والمسرحيات الموسيقية تشمل الأوپرا والأوپرا كوميك والأوپريت وغير ذلك من المسرحيات الموسيقية . وهى تتكون من عنصرين : أحدهما المسرحية نفسها ، أى الكلام الذى تشتمل عليه المسرحية ، وتدخل فى نوع المصنفات

الأدبية التى نحن فى صدد بحثها . والعنصر الثانى الوسيقى التى تقترن بالكلام ، وهذه أيضاً تحمى باعتبارها من المصنفات الموسيقية وسيأتى بيانها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الروايات والقصص ، ولكنها جميعاً تشملها الحماية متى تجسمت فى الكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية ، فلا يجوز نشرها على الجمهور بغير إذن المؤلف . وقد نصت ، تطبيقاً لذلك ، المادة ١/١٤ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل ... الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى بدون موافقة مؤلفيها » .

٤ – المصنفات السينمائية . وسنرى أن هذه المصنفات تتركب من عدة مصنفات داخلية ، وفق فيما بينها حتى أصبحت مصنفاً سينمائياً . ففيها المصنف الأدبى الذى وضع فى شكل يجعله ملائماً للفن السينمائى ، وفيها السيناريو وهى الفكرة المكتوبة للإذاعة بطريق السينما ، وفيها الحوار الذى وضع على ألسنة الممثلين السينمائيين ، وفيها الموسيقى إذا وضعت خصيصاً للمصنف السينمائى ، وفيها الإخراج إذا قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى ، وفيها غير ذلك مما سيأتى ذكره . وهذا كله مزيج من مصنفات أدبية ومصنفات فنية ومصنفات موسيقية ، ينتهى إلى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الإذاعة السينمائية . ولا يجوز نشرها إلا بإذن من مؤلفيها ، وسيأتى بيان من هم هؤلاء المؤلفون[١] .

٥ – المصنفات التى تعد خصيصاً أو تذاع بواسطة الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . وهذه كلها مصنفات مكتوبة ، أعدت للإذاعة عن طريق الراديو (الإذاعة اللاسلكية) أو عن طريق التلفزيون . وهى مصنفات متنوعة ، فمنها الأحاديث والقصص والمسرحيات والموسيقى والأغانى والأخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه عادة عن طريق الراديو أو نراه عن طريق التلفزيون . فهى خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية ومصنفات فنية ، وكلها تشملها الحماية فلا يجوز نشرها أو إذاعتها إلا بإذن من المؤلف .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٠٠ وما بعدها .

١٧٢ – عنوان المصنف : وقد نصت المادة ٢/٣ – من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكارى، ولم يكن لفظا جاريا للدلالة على موضوع المصنف »[1]. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر : « كما تضمنت (المادة٢) النص على امتداد الحماية إلى عنوان المصنف ، إلا إذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكارى . وقد قصد بهذا النص أن يكون حائلا دون انتفاع مصنف من شهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه » .

فيشترط إذن فى عنوان المصنف ، حتى تشمله الحماية ، أن يكون متميزاً بطابع ابتكارى . وأكثر عناوين المصنفات فى العصور الحديثة ليست متميزة بهذا الطابع الابتكارى ، وليست إلا ألفاظا جارية للدلالة على موضوع المصنف ، فلا تشملها الحماية . فإذا وضع مؤلف مصنفاً فى التاريخ مثلا ، وأسماه « تاريخ أوربا فى العصور الوسطى » ، أو مصنفا فى القانون وأسماه « النظرية العامة للالتزام »، أو مصنفا فى الرياضيات وأسماه «حساب المثلثات »، إلى غير ذلك من العناوين التى قصد بها أن تدل على موضوع المصنف دون أن يكون للعنوان طابع ابتكارى ، جاز لأى مؤلف آخر أن يكتب فى نفس الموضوع متخذاً نفس العنوان ، ويتميز مصنفه عن المصنف السابق ، لا بالعنوان فهو واحد فى المصنفين، ولكن باسم المؤلف ، وقد يتميز أيضاً باسم الناشر وتاريخ النشر ، ثم يتميز أخيراً بالطابع الابتكارى الذى أضفاه المؤلف على عرض المسائل التى يشتمل عليها المصنف . أما إذا اختار المؤلف لمصنفه عنوانا يحمل طابع الابتكار، كأن أسماه « مرشد الحيران » ، أو اختار صاحب المجلة لمجلته عنوان « مصر المعاصرة » أو « مجلة القانون والاقتصاد » أو « الرسالة » أو « الثقافة » ، أو صاحب الجريدة لجريدته عنوان « الأهرام » أو « الأخبار »، أو حملت سلسلة من المصنفات عنوانا مبتكراً كسلسلة المصنفات المعروفة بعنوان « اقرأ » ، أو حملت أغنية عنوانا خاصا بها كعنوان « أنت

---

(١) لم يرد فى المشروع الجديد نص يقابل هذا النص . ولكن يمكن القول إن عنوان المصنف هو جزء منه لا يتجزأ ، فتنسحب الحماية التى تشمل المصنف إلى عنوانه إذا توافر فيه شرط الابتكار . على أن نظرية المزاحمة غير المشروعة تكفى لحماية عنوان المصنف ، بل هى أكثر ملاءمة لهذه الحماية ، وسنرى أن القضاء الفرنسى استند إلى هذه النظرية .

عمرى » أو « أمل حياتى » ، واشتهر المصنف وحاز ذيوعا تحت هذا العنوان ، فإن هذا العنوان المبتكر يصبح جزءاً من المصنف نفسه ، وتشمله الحماية التى تشمل المصنف . فلا يجوز فى هذه الحالة أن يتخذ مؤلف آخر نفس العنوان لمصنفه ، إذ يخشى عندئذ أن يقع الالتباس بين المصنف السابق والمصنف اللاحق ، وأن يتمتع المصنف اللاحق دون حق بالشهرة التى تمتع بها المصنف السابق عن طريق انتحال عنوانه .

على أن القضاء الفرنسى يتشدد كثيراً فى الاعتراف لعنوان المصنف بطابع الابتكار ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مصنفا يحمل عنوان (Gueule d'amour) لا يحمل عنوانا مبتكراً ، بل هو عنوان مأخوذ من ألفاظ اللغة الدارجة ، فلا تشمله حماية حق المؤلف[1] . كذلك قضت المحاكم الفرنسية أن عناوين مثل "Louise" و "Le feu" و "La marche funèbre" و "Le printemps chante" و "Chanson d'amour" ، عناوين خالية من الابتكار الذى يستوجب الحماية ، إذ هى مأخوذة من الألفاظ الدارجة[2] . ولكن القضاء الفرنسى ، مع هذا التشدد ، يحمى هذه العناوين التى يعتبرها خالية من الابتكار عن طريق آخر ، فهو إذا كان لا يشملها بالحماية التى يشمل بها حق المؤلف ، إلا أنه يحميها عن طريق المزاحمة غير المشروعة . فإذا اتخذ مصنف عنوانا هو عنوان مصنف سابق ، حتى لو كان العنوان خاليا من الابتكار ، ووقع التباس بين المصنفين أفاد منه المصنف اللاحق بسبب ما حازه المصنف السابق من الشهرة ، فألحق المصنف اللاحق الضرر بالمصنف السابق ، جاز الحكم بتعويض عن هذه المزاحمة غير المشروعة[3] . ويترتب على الاستناد إلى نظرية المزاحمة غير المشروعة أن القضاء لا يكون مقيداً بمدة الحماية التى حددها

---

(١) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز ١٩٣٨ - ١ - ٩٧ .

(٢) السين ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى تريبينو ١٩٣٢ - ١ - الأسبوع الثانى - ٢٣٨ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ - ١ - ٣٢٥ - ١٣ أبريل سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ - ١ - ٧٧٣ - باريس ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٩٤٧

(٣) باريس ٩ يوليه سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ - ٧٤٩ - السين التجارية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ - ١٠٦ .

القانون فقد تبقى مجلة أو جريدة مدة أطول من خمسين سنة بعد موت صاحبها ، وتحمى مع ذلك من مزاحمة غير مشروعة تأتى من اتخاذ عنوانها عنوانا لمجلة أو جريدة أخرى. وعلى العكس من ذلك قد تختفى مجلة أو جريدة بعد مدة أقل من مدة الحماية القانونية ، فينساها الجمهور ولا يعود هناك ثمة التباس ينشأ من اتخاذ مجلة أو جريدة أخرى نفس العنوان ، فلا محل إذن لتطبيق مبدأ المزاحمة غير المشروعة[١] . ونرى من ذلك أن نظرية المزاحمة غير المشروعة ، التى استند إليها القضاء الفرنسى ، هى أكثر ملاءمة لحماية عناوين المصنفات[٢] .

١٧٣ — المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة : يقع كثيراً أن يعمد المؤلف إلى وضع مصنف لا يكون مصنفا أصيلا لم يسبقه إليه أحد ، بل يكون مشتقاً من مصنف سابق ، ومع ذلك تشمله حماية حق المؤلف .

واشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق يتدرج من مجرد إعادة إظهار المصنف كما هو وفى لغته الأصلية ، إلى حد إظهار المصنف فى لغة أخرى غير لغته الأصلية عن طريق الترجمة . فيقرب المصنف اللاحق من المصنف السابق أو يبعد على درجات متفاوتة .

١ — فأقرب ما يكون المصنف اللاحق من المصنف السابق عندما يعاد إظهار المصنف السابق كما هو دون أى تعديل ، إما لأن هذا المصنف قد آل إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته فأصبح مباحا لأى ناشر أن يعيد إظهاره دون أن يستأذن أحداً ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو عبارة عن مجموعات لبعض الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والأحكام القضائية حيث يجوز لأى ناشر أن يعيد إظهار هذه الوثائق دون أن يستأذن أحدا ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو مختارات من مصنف أو مصنفات سابقة وفى هذه الحالة يجب على مؤلف هذه المختارات أن يستأذن فى النشر مؤلفى المصنفات التى اختار منها أو خلفاء هؤلاء المؤلفين .

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٤٥٠ .

(٢) ويثار الحق الأدبى للمؤلف إذا اتخذ عنوان مصنفه عنوانا لملهاة من الملاهى المسرحية أو لسلعة يراد ترويجها (ديبوا فى حق المؤلف فقرة ٣٥ — فقرة ٤٨) .

٢ — ويبعد المصنف اللاحق قليلا عن المصنف السابق . إذا أعاد مؤلف إظهار المصنف السابق ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق أو تعريف ، أو بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح ، أو بعد تحقيق دقيق ومقارنة ما بين مختلف مخطوطاته وهذا ما يعرف بنشر المخطوطات القديمة . وفيما عدا نشر المخطوطات القديمة . يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر المصنف السابق مشروحا أو معلقا عليه أو معرفا أو معدلا بعد المراجعة والتنقيح .

٣ — ويبعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق بدرجة أكبر ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق ، لا إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولو بعد الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، بل إلى الاقتباس منه عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل من لون من ألوان الآداب أو العلوم أو الفنون إلى لون آخر . وفى جميع هذه الأحوال يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر التلخيص أو التحويل من لون إلى لون آخر .

٤ — ويزداد بعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق ، إذا عمد مؤلف المصنف اللاحق إلى إظهار المصنف السابق كما هو ولكن فى لغة أخرى غير لغته الأصلية ، وذلك عن طريق الترجمة . وفى هذه الحالة يجب على المترجم أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلى أو خلفاءه قبل أن ينشر ترجمة المصنف[1] .

هذه درجات متفاوتة فى اشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق : إعادة إظهار المصنف الأصلى كما هو ، وإعادة إظهاره بعد الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، والاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل ، وترجمة المصنف السابق إلى لغة أخرى . ويجب حتى يتمتع مؤلف المصنف اللاحق ، فى جميع هذه الأحوال الأربع ، بالحماية الواجبة لحق المؤلف ، أن يكون هذا المؤلف قد بذل قدرا من الجهد فى الابتكار بحيث يضفى على المصنف اللاحق شيئا من شخصيته ، فيتميز المصنف اللاحق عن المصنف السابق بهذا

---

(١) وإذا كانت الترجمة تجعل المصنف اللاحق أبعد ما يكون عن المصنف السابق ، فذلك فقط من حيث اللفظ ، فيبتعد المصنفان أحدهما عن الآخر بقدر ما تتباعد اللغتان . أما من حيث المعنى ، فالترجمة أقرب ما تكون إلى الأصل ، إذ المفروض أن الترجمة هى تأدية دقيقة لنفس المعانى التى وردت فى الأصل وإن اختلفت اللغة .

القدر من الابتكار والشخصية . ولا شك فى أن ذلك متحقق فى الحالات الثلاث الأخيرة ، بحكم الإضافة أو التنقيح أو التحقيق ، وبحكم التلخيص أو التحويل ، وبحكم الترجمة إلى لغة أخرى. أما فى الحالة الأولى ، وهى حالة إعادة إظهار المصنف الأصلى كما هو ، فيجب حتى يتمتع المؤلف بالحماية أن يتوافر شرط الابتكار والشخصية .

ونستعرض الآن تفصيلا هذه الحالات الأربع .

١٧٤ — الحالة الأولى — إعادة إظهار المصنف الأصلى كما هو :
تنص المادة ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية : أولا — المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات ، وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف . ثانيا — مجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام . ثالثا — مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية — ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية »[1].

ويشير النص فى صدره إلى المادة ١٩ من قانون حماية حق المؤلف ، مشترطا عدم الإخلال بحكمها . والمادة ١٩ هذه تقضى بأنه إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفونه ، فيباشرون هذا الحق وحقوق المؤلف الأخرى ، على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به . فيجب إذن ، قبل نشر المجموعات المشار إليها فى المادة ٤ سالفة الذكر ، مراعاة ألا تؤخذ هذه المجموعات من مصنفات مات مؤلفوها قبل تقرير نشرها ، ولم يقرر

---

(١) يطابق هذا النص نص المادة ٤ من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد قد أغفل عبارة « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ » ، وفى أنه وضع لفظ « للقرارات » بدلا من لفظ « المراسيم » .

تنشرها خلفاء هؤلاء المؤلفين لأسباب سائغة ، أو أوصى المؤلفون قبل موتهم ألا تنشر أو أن تنشر فى ميعاد معين لم يحن بعد .

ثم إن المادة ٤ ، بعد هذا التحفظ ، تعرض لثلاث طوائف من المصنفات ليست إلا إعادة لإظهار مصنفات أصلية سابقة عليها . وهذه هى بالترتيب الذى اخترناه .

(الطائفة الأولى) مجموعات المصنفات التى آلت إلى الملك العام : فهذه مصنفات قد انقضت مدة حمايتها فأصبحت من الأملاك العامة ، بما لا يجعل لأحد عليها حقا خاصا به دون سواه . فإذا عمد شخص إلى إعادة نشر هذه المصنفات كما هى ، فإن له هذا الحق ، ولا يطالبه أحد من خلفاء مؤلفى هذه المصنفات بمقابل لذلك . وهناك رأى يتجه إلى فرض مقابل زهيد على الناشر فى هذه الحالة ، ولكن هذا المقابل لا يتقاضاه خلفاء مؤلف المصنف الذى أعيد نشره ، فهؤلاء قد انقضى حقهم فى الحماية كما قدمنا . وإنما تتقاضاه الدولة ، وترصده لنشر مصنفات أخرى يكون نشرها غير مجز من الناحية المادية ، أو ترصده لمساعدة من يحتاج إلى المساعدة من المؤلفين[1] . ولكن هذا الرأى لم يجد مكانا له فى التشريع المصرى ، لا فى التشريع القائم ولا فى المشروع الجديد .

فإذا ما نشر شخص مصنفا آل إلى الملك العام ، لم يدفع مقابلا لأحد ، وله أن يستغل هذا المصنف دون مقابل ويبيع النسخ التى طبعها منه لحسابه وحده . ولكن هذا المصنف الذى نشره لا يتمتع بالحماية ، فهو قد آل إلى

---

(١) وهذا النظام هو ما اصطلح على تسميته « بالملك العام المعطى » (domaine public payant) . وقد انبرى للدفاع عنه أنصار متحمسون ، وقدم به فى فرنسا مشروع قانون أقرته الجمعية الوطنية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٨ . ولكن مجلس الجمهورية رفضه فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٨ ، مؤثراً عليه مشروعاً آخر أعدته لجنة التربية الوطنية ، ويقضى بفرض رسم زهيد (٢ فى الألف) على كل مصنف ينشر سواء آل إلى الملك العام أو لم يؤل . وهذا الرسم ، على ضآلته ، يعود بحصيلة هى ضعف الحصيلة التى تجنى من مشروع « الملك العام المعطى » . ولكن هذا المشروع الآخر لم يقر هو أيضاً ، ولم يقدر لأى من المشروعين أن يجد سبيلا إلى التشريع الفرنسى الأخير لحماية حق المؤلف الذى صدر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٧ . انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Litt. et Art. فقرة ٣٢٧ – فقرة ٣٣٠ .

الملك العام كما قدمنا ، ومن حق أى شخص آخر أن ينشره هو أيضاً ، ولوعن طريق نقله من نسخة من النسخ التى طبعها الشخص الأول . وليس لهذا الشخص الأول أن يعترض على ذلك ، فهو لا يعتبر مؤلفا للمصنف الذى نشره إذ هو قد اقتصر على إعادة إظهاره كما هو دون أى تغيير . فلا تكون له عليه حقوق المؤلف . ويكون هذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أعاد الشخص نشر مجموعات من المصنفات التى آلت إلى الملك العام ، لا مصنفا واحداً منها . ويجوز لغيره أن ينقل هذه المجموعات عنه دون إذنه ، إذ أن هذه المجموعات قد آلت كلها إلى الملك العام .

لكن إذا بذل الشخص جهداً مبتكراً فى جمع هذه المصنفات التى آلت إلى الملك العام ، كأن رتبها ترتيبا مبتكراً متبعا فى ذلك خطة ابتدعها ، فوضع مثلا المصنفات التى ترجع إلى عهد واحد بعضها إلى جانب بعض ليدل بذلك على مميزات ذلك العهد ، أو وضع المصنفات التى وضعها مؤلف واحد مرتبة بحسب أدوار تاريخ هذا المؤلف ليدل بذلك على ما وقع من تطور فى أسلوب هذا المؤلف أو فى تفكيره ، فإن فى هذا قدرا كافيا من الابتكار يضفى على المجموعة شخصية جامعها ، ويكون لناشر هذه المجموعة حق المؤلف عليها : فلا يجوز لأحد ، دون إذنه ، أن يعيد نشر المجموعة بالترتيب الذى توخاه فى جمعها[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها ، إلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب فى التنسيق أو بأى مجهود آخر ذهنى يتسم بالطابع الشخصى ، فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق ، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه ، وإنما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثاً فى نوعه متميزاً بطابع شخصى خاص بما يضفى عليه وصف الابتكار – وهذه القواعد التى قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه فى المادة الرابعة منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت – وفى حدود سلطتها التقديرية – أن المطعون ضده مهد لكتابه بمقدمة بقلمه تتضمن تراجم للمؤلف الأصل للكتاب والشارح له ، استقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ، ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها ، وأن كتاب المطعون ضده يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد فى نوعه وبفهرس =

(الطائفة الثانية) مجموعات الوثائق الرسمية : فهذه الوثائق حق شائع للجميع ، إذ يراد بها أن تكون فى متناول كل فرد بحيث يمكنه الاطلاع عليها ومعرفة محتوياتها . من ذلك نصوص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية . فلكل شخص أن ينشر مجموعات من هذه الوثائق دون أن يدفع مقابلا لذلك ، ودون أن يستأذن أحداً . ولكن لا يكون له على هذه المجموعات حق المؤلف ، لأنه لم يبتكر شيئا ، بل هو اقتصر على نقل الوثيقة الرسمية كما هى . ويجوز لأى شخص آخر آن يعيد نشر هذه المجموعات ، ولو بنقلها عن المجموعات التى سبق للشخص الأول أن نشرها ، وذلك دون دفع أى مقابل له ، بل ودون استئذانه .

لكن إذا بذل الشخص جهداً مبتكراً فى جمع هذه الوثائق الرسمية ، ونشرها فى مجموعات تحمل طابع هذا الجهد المبتكر ، فإنه يكون له عليها حق المؤلف ، ولا يجوز لأحد أن ينقل عنه دون استئذانه . مثل ذلك أن يجمع الشخص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح مرتبة بحسب موضوعاتها ، وأن يرتب هذه الموضوعات ترتيبا أبجديا ، بحيث يتيسر للباحث أن يجد الموضوع الذى يريده عن طريق الترتيب الأبجدى ، وأن يجد القوانين وغيرها من مراسيم وقرارات ولوائح مدونة تحت هذا الموضوع . ومثل ذلك أيضاً أن يجمع الشخص الاتفاقات الدولية بعد أن يرتبها تبعا لخطة يبتكرها ، كأن يجمع الاتفاقات مع كل دولة على حدة مع ترتيبها بحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها . ومثل ذلك أخيراً أن يجمع الشخص الأحكام القضائية التى صدرت فى السنة الواحدة ، مرتبة بحسب المحكمة التى صدرت منها ، وبحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها ، فإذا أضاف إلى ذلك موجزاً للحكم كان فى ذلك إضافة تنقلنا إلى الحالة الثانية التى سيأتى ذكرها . وذلك مألوف فى مجموعات الأحكام القضائية التى ترتب على هذا النهج ، كمجموعات الأحكام التى تصدرها محكمة النقض ، أو التى تصدرها المجموعة الرسمية ، أو التى تصدرها مجلة المحاماة ،

= منظم ، وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين ، فإن هذا الذى سجلته محكمة الموضوع تتوافر به عناصر الابتكار الذى يتسم بالطابع الشخصى لصاحبه ، ولا يكون على المحكمة بعد ذلك معقب فيما انتهت إليه من اعتبار المطعون ضده مستأهلا للحماية المقررة لحق المؤلف (نقض مدنى ٧ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠)

أو التي تصدرها مجموعات داللوز وسيريه وغيرها من المجموعات الفرنسية .

(الطائفة الثالثة) مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات : وهذه منقولة عن مصنفات سابقة في الشعر والنثر وغيرهما من فنون الأدب أو من مصنفات علمية . فإذا كانت هذه المصنفات السابقة لا تزال تشملها الحماية ، فلابد للمؤلف الذي جمع هذه المختارات من استئذان مؤلفي هذه المصنفات السابقة أو خلفائهم ، وتقول المادة ٤ سالفة الذكر صراحة في هذا المعنى : « وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف » . أما إذا كانت المصنفات السابقة قد انقضت مدة حمايتها وآلت إلى الملك العام ، فإن المؤلف الذي جمع المختارات لا حاجة له في استئذان أحد . ونكون قد عدنا إلى الطائفة الأولى سالفة الذكر الخاصة بنشر مجموعات من المصنفات التي آلت إلى الملك العام . وفي الحالتين لا يكون لجامع هذه المختارات في الأصل حق المؤلف على المجموعة التي اختارها ، إذ هو قد اقتصر على جمع أقوال غيره دون أي ابتكار من جهته . ويجوز لأي شخص نقل المجموعة وإعادة نشرها دون أن يدفع أي مقابل ، ودون أن يستأذن الجامع الأول لهذه المختارات .

ولكن يقع في المختارات أن تكون مجموعاتها تحمل طابع الابتكار والشخصية . مثل ذلك مختارات البارودي في شعر المولدين ، فقد جمعها البارودي من دواوين مختلفة بعضها غير منشور ، ورتبها بحسب موضوعاتها من مدح ورثاء وغزل وما إلى ذلك ، ثم اختار لكل شاعر من المولدين الجيد من شعره وأغفل ما لم يجده جيدا . وفي هذا كثير من الابتكار يجعل لجامع هذه المختارات حق المؤلف على مجموعته ، فلا يجوز لأحد أن ينقلها دون استئذانه هو أو خلفائه من بعده إلى أن تنقضي مدة الحماية . كذلك قد تحمل مختارات النثر والعلوم طابع الشخصية والابتكار على النحو الذي رأيناه في مختارات الشعر ، فيكون للجامع حق المؤلف ولا يجوز نقل مجموعته دون استئذانه أو استئذان خلفائه[1]

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف فيما نحن بصدده ما يلي : « أما فيما يتصل بالمجموعات كالوثائق الرسمية ونصوص القوانين والاتفاقات الدولية والمراسيم واللوائح والأحكام القضائية وغيرها ، فإنها لا تدخل بطبيعتها في نطاق المصنفات المحمية ، لأنها وثائق عامة تضعها الدولة ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر ، بل هي حق شائع للجميع على أن —

١٧٥ – الحالة الثانية – إعادة إظهار المصنف الأصلى بعد الإضافة أو التنقيح أو التحوير : تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى »[1] .

ويعرض هذا النص لجميع الأحوال الثلاث الباقية ، والذى يعنينا منه هنا هو الحالة الثانية التى نحن بصددها ، فنقتصر من النص على العبارة الآتية : « يتمتع بالحماية من قام ... بتحويره (تحوير المصنف) أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأصلى » . فهذه الحالة الثانية إذن تضم صورا ثلاثا :(١) إعادة إظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق .(٢) إعادة إظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة ،

= الحكم يختلف فى شأن هذه الوثائق إذا جمعت فى مجموعة ، وروعى فى جمعها الاختيار والترتيب بحيث تبدو فى صورة مصنف جديد ، فإنها تدخل عندئذ فى نطاق المصنفات المحمية (المادة الرابعة) . وكذلك الحال بالنسبة لمجموعات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها ، فإنه يجوز أن تشملها حماية هذا القانون إذا تميزت عن غيرها بسبب يرجع للاختيار والترتيب ، شأنها فى ذلك شأن مجموعات الوثائق الرسمية ومجموعات الوثائق التى آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها . فناط الحكم هو التمييز بما يضفى عليها وصف الابتكار . أما المجموعات التى تنتظم عدة مصنفات سبق نشرها دون مراعاة الاختيار أو الترتيب فى وضعها ، فإنها تخرج عن نطاق الحماية . ويلاحظ فى جميع هذه الأحوال أن حقوق أصحاب المصنفات التى تجمع تظل محفوظة » .

هذا ويستوى فى المجموعات التى تنطوى على شىء من الابتكار أن تكون ذات أغراض أدبية وعلمية ، أو أن تكون ذات أغراض عملية . فيكون مستأهلا للحماية الدليل العملى للمدن الكبرى ، وكتالوجات المعارض والدعاية ، والبيانات عن الأسواق التجارية ، ونحو ذلك . انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prot. Lit. et Art فقرة ٣٠ .

(١) ويطابق هذا النص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد فى صدر النص جرى على الوجه الآتى : « يتمتع بالحماية من قام بتعريب المصنف أو ترجمته أو بتحويله إلخ إلخ » .

والتنقيح (٣) إعادة إظهار المصنف الأصلى . عن طريق نشر المخطوطات القديمة .

١ – إعادة إظهار المصنف الأصلى . ولكن بعد إضافة إليه من شرح أو تعليق : فالمؤلف فى هذه الصورة يعيد إظهار المصنف الأصلى كما هو دون أى تعديل أو تحوير : وذلك بعد استئذان مؤلف المصنف الأصلى أو خلفائه إذا كان المصنف الأصلى لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل بعد إلى الملك العام . والابتكار الذى يضفيه المؤلف على المصنف الأصلى هو ما يضيف إلى هذا المصنف من شرح أو تعليق . فقد يقوم بشرحه عبارة عبارة . أو بشرحه إجمالا . وقد يقوم بالتعليق على بعض عباراته . والتنويه برأيه فيما جرى به المصنف الأصلى مؤيداً أو مفندا . وقد يقوم بتعريف المصنف الأصلى للقراء، بأن يقدم له ويذكر فى المقدمة تاريخ المصنف وما انطوى عليه من معان وأفكار ، وقد يبين رأيه فى كل ذلك . وقد يقوم بهذه الأمور الثلاثة جميعا – الشرح والتعليق والتعريف – أو يقوم ببعضها . والمهم فى كل ذلك أن يضيف جديداً مبتكراً إلى المصنف الأصلى ، من شرح أو تعليق أو تعريف . فشرح الألفاظ القليلة ، أو كتابة مقدمة قصيرة لا تعرف المصنف الأصلى تعريفا كافيا ، كل ذلك لا يكون جديدا مبتكراً ، فلا يتمتع المؤلف بالحماية . أما إذا انطوت الإضافة على الجديد المبتكر . فعند ذلك يستحق المؤلف صاحب الشرح أو التعليق أو التعريف الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد أن ينقل المصنف الأصلى بما يحمل من شرح أو تعليق أو تعريف ، إلا بعد أن يستأذن كلا من من صاحب المصنف الأصلى (أو خلفائه) وصاحب الشرح أو التعليق أو التعريف (او خلفائه) .

٢ – إعادة إظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح : فى هذه الصورة يعيد المؤلف إظهار المصنف الأصلى، بعد استئذان مؤلفه أو خلفائه إذا كان هذا المصنف لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل إلى الملك العام ، ولكن لا يعيد إظهاره كما هو على الوجه المبين فى الصورة السابقة . وإنما يحور فيه ويعدل . بعد مراجعته وتنقيحه . فقد يكون المصنف الأصلى فى حاجة إلى مراجعة وتنقيح . حتى يجارى آخر مراحل العلم فى الموضوع الذى تصدى له . وقد يكون فى حاجة إلى مراجعة وتنقيح بعد

نشره أول مرة . لإصلاح ما فيه من نقص بعد ما وجه إليه من نقد ، واعتراضات . وقد يكون المصنف الأصلي مصنفا في التاريخ أو في القانون ، فيراجع وينقح حتى يستوفي مرحلة التاريخ التي وقف دونها عند نشره أول مرة إذا كان مصنفا في التاريخ ، أو حتى يستوفي ما استجد من قضاء وفقه إذا كان مصنفا في القانون . وهكذا تتنوع أسباب الحاجة إلى المراجعة والتنقيح ، فيعمد مؤلف جديد ، وحده أو بالاشتراك مع المؤلف الأصلي ، إلى تعديل المصنف وتحويره بما تنتهي إليه نتيجة المراجعة والتنقيح . وفي جميع الأحوال يكون للمؤلف الجديد حق المؤلف بما راجع ونقح وحوّر وعدل . على أن يتوافر للتحوير والتبديل صفة الابتكار والشخصية . ويكون المؤلف الجديد شريكا للمؤلف الأصلي بالنسبة التي يتفقان عليها إذا اشترك الثاني مع الأول في المراجعة والتنقيح . وهذا مع خلوص حق المؤلف الأصلي في مصنفه قبل المراجعة والتنقيح . أما إذا انفرد المؤلف الجديد بالمراجعة ، فيكون هو وحده صاحب حق التأليف في حدود ما أدخله على المصنف الأصلي من تحوير وتعديل .

٣ – إظهار المصنف الأصلي عن طريق نشر المخطوطات القديمة : في هذه الصورة الثالثة نفرض أن المصنف الأصلي لم يسبق نشره ، بل لا يزال مخطوطاً أيا كان عدد النسخ المخطوطة . وقد يكون المصنف الأصلي قد سبق نشره ، ولكن النشر جاء معيبا لعدم الدقة في التحقيق . فيعمد شخص إلى نشره نشراً علميا دقيقا . وهذا النشر العلمي الدقيق يكون عادة عملا شاقا مضنيا . فالناشر في حاجة إلى عدد من مخطوطات المصنف يجمعها من نواح متفرقة قد تكون بعيدة ، عن طريق النسخ أو عن طريق التصوير . ثم يعمد بعد ذلك إلى دراسة المصنف دراسة عميقة حتى يدرك مراميه ومعانيه ، ويعيش في الجو الذي صنف فيه . ثم يقابل المخطوطات المتعددة بعضها ببعض . فإذا وقع خلاف بين هذه المخطوطات ، وكثيراً ما يقع ، فعليه أن يجتهد رأيه ، وأن يرجح رواية بعض المخطوطات على رواية المخطوطات الأخرى . كل ذلك يجريه في تحقيق دقيق ، وعلى أساليب علمية صحيحة ، ثم يخرج المصنف بعد التدقيق والتحقيق على أقرب صورة من الحقيقة . ويغلب أن يقدم للمصنف المنشور ، ويعرف به ، ويعلق عليه ، ويشرح بعض معانيه . فيكون قد جمع إلى نشر المخطوط التعريف والتعليق والشرح . كل هذه الجهود الشاقة تقتضي من الناشر

ابتكارا يضفى على المصنف المنشور شخصيته ، ومن ثم يستحق حماية المؤلف . فلا يجوز لأحد أن ينقل هذا المصنف بعد نشره على الوجه المتقدم الذكر ، إلا بعد أن يستأذن الناشر أو خلفاءه . أما الناشر نفسه فيغلب ألا يستأذن أحداً فى نشر المخطوط ، إذ أن الكثرة الغالبة من المخطوطات القديمة قد انقضت مدة حمايتها وآلت إلى الملك العام[1]

١٧٦ — الحالة الثالثة — الاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتى : « يتمتع بالحماية من قام . . . بتحويله (تحويل المصنف) من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه ... » . فالمؤلف فى هاتين الصورتين يقتبس من مصنف سابق ، إما عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل .

---

(١) وكانت محكمة مصر الكلية قد قضت بأن جمع الآراء المنسوبة إلى أحد كبار الثقات فى علم التفسير ، وهو العلامة القرطبى ، وترتيبها ، وإعادة طبع ما جمعه المؤلف من آراء مختلفة ، هذا المجهود لا يمكن مهما عظم أن ينقلب إلى حق تأليف الكتاب (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ١٩٤٢ -٣- ٨٨) – وتتحصل وقائع الدعوى فى أن دار الكتب طبعت تفسير القرطبى (الجامع لأحكام القرآن) طبعة حديثة ، وقالت إن هذه الطبعة مستقاة من عشر نسخ خطية روجع بعضها على بعض ، وصحح ما فيها من تحريف وتصحيف بالاسترشاد بالكتب التى نقل عنها المؤلف ، وعنى بضبط الألفاظ ووضع الحواشى والهوامش ، وصدرت الطبعة بفهرس أعد خصيصاً لها وبمقدمة من وضع السيد محمد الببلاوى نقيب الأشراف ومراقب إحياء الآداب العربية بدار الكتب . فاستغل المدعى عليه هذه المجهود لمصلحته الشخصية ، بأن أخذ صورة بالزنكوغراف من الجزء الأول حتى الفهرس والمقدمة ، وباعه للجمهور بعد أن وضع اسمه على الغلاف بدلا من اسم دار الكتب . وظاهر أن هذا المجهود يتضمن عناصر الابتكار فى التكوين الذى يكفى وحده للتمتع بالحماية ، فضلا عما تضمنته مقدمته من جدة فى التعبير . ولذلك ألغت محكمة استئناف مصر هذا الحكم ، مقررة أن إعادة طبع الكتب القديمة التى دخلت فى الملك العام ، إذا أدخلت عليها زيادات أو تعديلات أو ترتيبات أو تعليمات مهما كانت موجزة ، مهمة كانت أو غير مهمة ، تجعل الطبعة المعادة ملكا لصاحبها كطبعة جديدة ، بل مجرد وضع فهرست لكتاب قديم يجعل هذا الفهرست ملكا لواضعه (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧) . وبهذا المعنى : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ – نقض فرنسى جنائى ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨ – ٢ – ٣١١ . وانظر محمد على عرفة فقرة ٣٨٥ ص ٤٢٠ – ص ٥٢١ .

١ – فيأتى الاقتباس عن طريق التلخيص إذا عمد مؤلف إلى مصنف أدبى أو علمى ، ولخصه تلخيصا واضحا بحيث ينقل إلى القارئ صورة صحيحة من المصنف الأصلى . وهذا هو الابتكار الذى ساهم به الملخص ، فقد أضفى شخصيته على التلخيص ، وبذل جهداً محسوسا فيما قام به من عمل . ومن ثم تشمله الحماية ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تلخيصه هذا دون أن يستأذنه هو أو خلفاءه من بعده . وغنى عن البيان أنه إذا كان المصنف الأصلى الذى عمد المؤلف إلى تلخيصه لا يزال يتمتع بالحماية ، فإنه يجب على الملخص قبل أن ينشر التلخيص أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلى أو خلفاءه . وإذا تم له الإذن ، فإنه يصبح مؤلفا للتلخيص وله عليه حقوق المؤلف . ويبقى صاحب المصنف الأصلى هو مؤلف هذا المصنف وله عليه حقوق المؤلف . غير أن مؤلف المصنف الأصلى ، بموجب الإذن الذى يمنحه للملخص فى التلخيص ، قد يتفق معه على جعل معين يتقاضاه دفعة واحدة ، أو يتقاضاه على دفعات فى كل مرة ينشر فيها التلخيص .

٢ – وأكثر ما يأتى الاقتباس عن طريق التحويل . فيعمد المؤلف إلى مصنف فيحوله من لون إلى لون آخر . مثل ذلك أن يعمد المؤلف إلى رواية أو قصة ، فيحولها إلى مسرحية للتمثيل ، أو إلى فيلم سينمائى ، أو يعدها للإذاعة عن طريق التلفزيون أو عن طريق الراديو . ومثل ذلك أيضاً أن يعمد المؤلف إلى مصنف علمى ، فيحوله إلى قصة شائقة يورد فيها الحقائق العلمية التى وردت فى المصنف على نحو مبسط جذاب . فإذا كان المصنف الأصلى التى عمد المؤلف إلى تحويله لا يزال مشمولا بالحماية ، وجب على المؤلف قبل أن ينشر التحويل أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلى أو خلفاءه[1] . وكثيراً ما يقوم الخلاف ما بين المؤلفين ، فيتمسك مؤلف المصنف الأصلى بأن المصنف اللاحق ليس إلا تحويلا لمصنفه ، وينكر مؤلف المصنف اللاحق ذلك

---

(١) وليس لمؤلف المصنف الأصلى أن يعترض على ما يقتضيه تحويل مصنفه من لون إلى لون آخر من تحوير وتغيير فى المصنف الأصلى ، مما تستوجبه أصول الفن فى اللون الذى حول إليه المصنف . فالأصول الفنية للقصة غير الأصول الفنية للمسرحية ، وهذه غير الأصول الفنية للأفلام السينمائية . انظر أنسيكلوپيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et. Art. فقرة ٢٧٧ .

عليه . وهذه مسألة واقع ، يفصل فيها قاضي الموضوع[1] . فإذا بت في أن هناك تحويلا للمصنف الأصلي ، كان مؤلف المصنف اللاحق مسئولا ، ووجب عليه أن يدفع تعويضا لمؤلف المصنف الأصلي أو لخلفائه . ومهما يكن من أمر . فإنه متى حسم الخلاف وأصبح ثابتا أن هناك تحويلا . أو أن التحويل كان مسلما به دون خلاف ، فإن صاحب التحويل يكون له حق المؤلف على تحويله . ولا يجوز لأحد أن ينقل تحويله دون أن يستأذنه هو أو خلفاءه ، إذ أن حماية المؤلف تشمل التحويل كما تشمل المصنف الأصلي . وعلى ذلك يكون لصاحب التحويل الحق في منع أي شخص آخر من تحويل تحويله — أي التحويل في الدرجة الثانية — إلا بإذنه . فإذا حول شخص إحدى الروايات أو القصص إلى مسرحية ، فإنه يصبح صاحب المسرحية وله حقوق المؤلف عليها . ومن بين هذه الحقوق أنه لا يجوز لأحد أن يحول مسرحيته إلى فيلم سينمائي مثلا إلا بإذنه[2] . ويبقى بعد ذلك أن نحدد حق المؤلف الأصلي صاحب الرواية أو القصة : هل يستنفد حقه بمجرد أن يأذن لصاحب المسرحية في تحويل روايته إلى مسرحية ، أو يحتفظ بحق له فيما يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائي . ويجب استئذانه في ذلك أيضا ؟ لا شك في أنه لا يعتبر شريكا

---

(١) نقض فرنسي ٢٧ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٢٩٦ – ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ Ann. ١٩١٩ – ١ – ٥٣ – وانظر نقداً لهذا القضاء وفي أن هناك مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض : ديبوا في أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٩ – فقرة ٢٢ – ويقول ديبوا في هذا الصدد إنه يجب التمييز بين الفكرة المجردة وهي حق شائع للجميع ، وبين الإنشاء والتعبير **(composition et expression)** وهذا يختص به المؤلف . فإذا كان المصنف اللاحق لم ينقل عن المصنف السابق إلا الفكرة المجردة فإن هذا لا يعد تحويلا ؛ أما إذا نقل عنه الإنشاء والتعبير فهذا هو التحويل (ديبوا في أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ **Prop. Lit. et Art.** فقرة ١٨) .

(٢) ويشترط بداهة أن يكون في التحويل ابتكار وطابع شخصي مما يستأهل الحماية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم إذ قضى بخلو العمل الذي قام به مورث الطاعنين – اقتباسا من الرواية الأصلية (الأرملة الطروب) – من الابتكار الذي يستأهل حماية القانون وبعدم وجود التماثل بين ذلك العمل وبين اقتباس المطعون عليهم ، قد أقام قضاءه ذلك على أسباب سائغة ، فإنه لا يكون على المحكمة بعد ذلك إذا هي لم تستجب إلى طلب الطاعنين بإجراء المقارنة بين العملين عن طريق ندب خبير أو عن طريق انتقال المحكمة لسماع الأداء العلني ، مادامت قد وجدت في أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لتكوين رأيها فيها بغضبا (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٨ ص ١٧٨) .

(coauteur, collaborateur لصاحب المسرحية فى مسرحيته ، ولكنه مع ذلك يحتفظ بحق المؤلف – لا بحق الشريك – فيما يتعلق بتحويل المسرحية إلى فيلم سينمائى ، ويجب استئذانه ، هو وصاحب المسرحية معاً، فى هذا التحويل ، وله أن يتقاضى جعلا على هذا الإذن(١) .

١٧٧ – الحالة الرابعة – ترجمة المصنف إلى لغة أخرى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا ، على ما يأتى : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف إلى لغة أخرى .. » . ولعل من ترجم المصنف قد عانى فى ترجمته إلى لغة أخرى من المشقة ما عاناه مؤلف هذا المصنف ، فليس يسيراً نقل كتاب من لغة إلى لغة أخرى . وتقتضى الترجمة إحاطة تامة بكل من اللغتين ، كما تقتضى جهداً شاقا فى اختيار العبارات فى اللغة المترجم إليها ووزنها والتثبت من أنها تعبر عن نفس المعنى ، هذا إلى ذوق سليم وتمكن من اللغة المترجم إليها بحيث يستطيع المترجم أن يسمو فى هذه اللغة سمو المؤلف فى اللغة الأصلية . وهذا كله يكفل للترجمة قدراً كبيراً من الابتكار والشخصية ، مما يستوجب أن يكون للمترجم على ترجمته حق المؤلف ، فلا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل ترجمته أو يحولها إلى لون آخر من ألوان الآداب أو العلوم . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف فى هـــذا الصدد : « والمصنفات المبتكرة التى يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية ، بل تشمل المؤلفات المترجمة كما تشمل كافة صور إعادة إظهار المصنفات الموجودة فى شكل جديد ، على ألا يخل ذلك بحماية حق المؤلف الأصلى » .

والمؤلف الأصلى للمصنف المترجم له حقوق لا يجوز إغفالها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن لمؤلف المصنف وحده « الحق فى ترجمته إلى لغة أخرى » . ويستوى فى ذلك الحق مؤلف المصنف الأصلى إذا ترجم مصنفه إلى لغة أخرى ، ومترجم المصنف الأصلى إذا

---

(١) ويترتب على أن صاحب الرواية لا يعتبر شريكا لصاحب المسرحية ، وإنما هو يستعمل حق المؤلف الخاص به ، أن المسرحية لا تعتبر شركة بين صاحب الرواية وصاحب المسرحية إلى حد ألا تنقضى مدة حمايتها إلا بانقضاء خمسين سنة من موت آخر من بقى حيا من الشريكين . فلا يكون لخلفاء صاحب الرواية الرجوع بحقهم إلا فى مدى خمسين سنة من موت مورثهم ، حتى لو بقى صاحب المسرحية حيا بعد موت هذا المورث فطالت مدة حمايته عن مدة حماية المورث . انظر ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Litt. et Art. فقرة ٢٧٦) .

ترجمت ترجمته إلى لغة ثالثة ، فلابد أيضاً من استئذان المترجم فى ترجمة ترجمته . وتنص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . فإذا عمد شخص إلى ترجمة مصنف ، سواء كانت الترجمة مباشرة من المصنف أو كانت من ترجمة للمصنف إلى لغة يعرفها المترجم الثانى ، وكان المصنف أو ترجمته تشمله الحماية (خمسين سنة بعد موت المؤلف أو المترجم) ولم يؤل إلى الملك العام ، وجب على المترجم استئذان صاحب المصنف الأصلى ، أو استئذان كل من صاحب المصنف الأصلى والمترجم الأول ، قبل نشر ترجمته . ويستثنى من ذلك الترجمة إلى اللغة العربية ، فقد أراد المشرع التيسير للمترجمين حتى يتمكنوا من ترجمة أعلام المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية فتتزود المكتبة العربية بما ينبغى لها أن تتزود به من عيون الأدب والعلم والفن فى اللغات الأجنبية مترجمة إلى اللغة العربية . فقضت المادة ٨ سالفة الذكر بأن حق مؤلف المصنف الأصلى فى ترجمة كتابه إلى اللغة العربية ، وكذلك حق مترجم هذا المصنف فى ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية ، يسقطان بانقضاء خمس سنوات (وليس خمسين سنة) من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو الترجمة الأولى (لا من تاريخ موتهما) إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم الأول هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره . ومؤدى ذلك أن المترجم العربى ، إذا تربص خمس سنوات من وقت نشر مصنف أجنبى أو من وقت نشر ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى ، ولم يقم فى خلال هذه المدة المؤلف الأصلى أو المترجم الأول بترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية بنفسه أو بواسطة غيره ، جازت عندئذ ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية دون حاجة إلى استئذان أحد ودون أى مقابل ، لأن حق المؤلف أو المترجم الأول فى الترجمة إلى اللغة العربية يكون قد سقط وآل إلى الملك العام[1] . أما إذا قام المؤلف أو المترجم الأول بترجمة مصنفه إلى اللغة

---

(١) وتحمى هذه الترجمة العربية بالذات مدة حياة المترجم وخمسين سنة من موته . ولكن هذا لا يمنع من أن يترجم شخص آخر المصنف الأصلى أو ترجمته مرة أخرى إلى اللغة العربية ترجمة مستقلة عن الترجمة العربية الأولى .

العربية فى خلال خمس سنوات من أول نشر له . فإنه لا تجوز ترجمة المصنف إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بإذنه ، طول مدة حياته وخمسين سنة بعد موته .

المطلب الثانى

المصنفات الفنية

١٧٨ – أمثلة للمصنفات الفنية وردت فى القانون : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف قد أوردت ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، أمثلة من المصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الفنية ما يأتى :

١ – المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة . وهذه المصنفات تتناول أكثر الفنون الجميلة ، فهى تتناول الرسم ، والتصوير بمختلف أنواعه (الخطوط أو الألوان) ، والحفر ، والنحت ، والعمارة . ويضاف إلى ذلك النقش والزخرفة . فالرسام إذا كان فى رسمه ابتكار يكون له حق المؤلف على رسمه . فلا يجوز لأحد أن ينقل رسمه دون إذنه ، ولا يجوز لأحد دون إذنه أيضاً أن يحول رسمه إلى لون آخر من ألوان الفنون الجميلة كالتصوير والنحت . وكذلك المصور ، إذا كانت لوحته تنطوى على ابتكار ، يكون له حق المؤلف عليها . وكذلك الحكم فيما يتعلق بالحفار على ما يحفره ، والنقاش على ما ينقشه ، والمزخرف على ما يزخرفه ، والنحات (المثال) على ما يصنعه من تماثيل ، والمهندس المعمارى على ما يضعه من تصميمات معمارية . ومناط الحماية فى كل هذه الأحوال هو الابتكار والشخصية .

٢ – المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية . وهذه أيضاً مصنفات فنية . وسنرى فيما يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية أنها محل لاختلاف فى الرأى ، وأنها على كل حال دون المصنفات الأخرى فى الحماية . أما المصنفات السينمائية ، وتنتهى إلى الأفلام السينمائية ، فهى شيء مركب ومعقد ، وسنرى فيما يلى عندما نحلل هذه المصنفات كيف أن أكثر من واحد يعتبر مؤلفا لها . وبعضها تأليف أدبى ، وبعضها تأليف فنى . وبعضها تأليف موسيقى . ولذلك سبق أن أدخلناها

فى المصنفات الأدبية . وندخلها الآن فى المصنفات الفنية . وسندخلها فيما بعد فى المصنفات الموسيقية .

٣ – الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) . وهذه ضروب من الرسم تحتاج إلى مقدرة فنية . فالرسم الكروكي قد ينطوى على ابتكار يستحق معه الحماية . كما أن لرسم الخرائط فنا خاصا يعرف بفن الخرائط الجغرافية ، وهو أيضاً يدخله كثير من الابتكار مما يستوجب حمايته .

٤ – المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم . وهذه أيضاً مصنفات فنية . يختلط فيها الرسم بالحفر وبفن الخرائط . وهى تحتاج إلى مقدرة فنية كبيرة . وتنطوى على كثير من الابتكار . مما يجعلها جديرة بالحماية .

٥ – المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة للإخراج المادى . وأهم هذه المصنفات هى فنون الرقص المختلفة . وكذلك الألعاب الفنية . ويدخل فيها ايضاً فن الإخراج فى أدوار التمثيل . وكل هذه فنون تحتاج إلى مقدرة خاصة . كما تنطوى على شىء من الابتكار يجعلها مما تشمله الحماية .

٦ – المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ويشمل ذلك أعمال الخزف والأوانى المزخرفة والأدوات المنقوشة والزجاج الملون وما إلى ذلك من مختلف الفنون الجميلة مطبقة تطبيقا عمليا فى شىء مجسم . كآنية وحلية وصوان وأطباق وزجاج . وهذا كله يقتضى مهارة فنية خاصة . وينطوى على كثير من الابتكار مما يجعله مستحقاً للحماية .

١٧٩ – العبرة فى المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بخطة العمل : وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية بأن العبرة فى الأولى هى بالتنفيذ (exécution) . فالمصنف الفنى لا يعتبر مصنفاً ولا يستحق الحماية إلا إذا نفذ فعلا . أما إذا وقف الفنان عند خطة العمل (composition) دون التنفيذ ، فإن عمله هذا لا يعتبر مصنفا فنيا . فخطة العمل تختلط بالتنفيذ اختلاطا تاما فى المصنفات الفنية . ويستغرق التنفيذ الخطة . ويصبح التنفيذ لا الخطة هو الواجب الحماية . فمادامت الخطة لم تخرج إلى حيز التنفيذ حتى يبرز العمل الفنى مجسما فى صورة أو فى تمثال أو فى غير ذلك . فلا يعتد بالخطة

فى ذاتها . ولا يشملها القانون بالحماية . ولو أن تلميذ الفنان استوحى من الفنان خطة العمل كاملة . وقام بتنفيذها تنفيذاً حرفيا دون أية إضافة من عنده ، لكان العمل الذى نفذه التلميذ هو العمل الفنى الذى يشمله القانون بالحماية ، ولكان المؤلف الذى يحميه القانون هو التلميذ الذى نفذ الخطة ، لا الأستاذ الذى ابتكرها . أما فى المصنفات الأدبية والعلمية ، فيعتد بالخطة حتى لو لم تقترن بالتنفيذ : فلو أن كاتبا رسم خطة مفصلة لمؤلف أدبى أو لقصة أو مسرحية ، وتحدث إلى صديق له فى الخطة التى رسمها . واستملاها منه الصديق واستوعبها كاملة . لم تجز للصديق ، دون إذن الكاتب ، أن ينشر هذه الخطة ، إذ أن الخطة جزء من المصنف الأدبى يحميها القانون كما يحمى المصنف ذاته[1] .

ويترتب على ذلك أن التنفيذ فى المصنفات الفنية يجب أن يتم بيد الفنان نفسه ، وأن يكون عمله الشخصى هو العنصر الغالب فى هذا التنفيذ . أما إذا تم التنفيذ ميكانيكيا بواسطة آلات معدة لذلك ، دون أن يكون للعمل الشخصى تأثير ذو بال ، فإن ما يتم نتيجة لهذا التنفيذ الميكانيكى لا يعتبر مصنفا فنيا مستحقاً للحماية . فيتعين إذن التمييز بين التنفيذ الشخصى والتنفيذ الميكانيكى ، ويجب تبين ما إذا كان الدور الذى لعبه الفنان فى التنفيذ دوراً إيجابيا بحيث أن الآلة لم تكن فى يده إلا لمجرد المساعدة وضبط العمل وعند ذلك يكون التنفيذ شخصياً . أو أن الدور الذى لعبه الفنان فى التنفيذ لم يكن إلا دورا سلبيا وأن الآلة هى التى قامت بالأعمال الأساسية التى يتكون منها التنفيذ وعند ذلك يكون التنفيذ ميكانيكيا لا يستحق الحماية. والبت فيما إذا كان التنفيذ شخصياً أو ميكانيكيا مسألة واقع . على أن يسترشد قضاة الموضوع فى ذلك بمقاييس فنية صحيحة[2] .

ويتبين من ذلك أن التنفيذ الميكانيكى لا ينتج عنه مصنف فنى يستحق الحماية . وهذا يدعو للنظر فى المصنفات الفوتوغرافية . وهل هى مجرد تنفيذ ميكانيكى أو أن لعمل الفوتوغرافى الشخصى تأثيراً فى التنفيذ بحيث يصبح

---

(١) ديوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٨٦٢ Ann. ٦٢ – ٣٥ – ديوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Prop. Lit. et Art: فقرة ٤٣ – فقرة ٤٤ .

المصنف الفوتوغرافى مستحقاً الحماية . ثم إن العبرة فى المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قدمنا ، فإذا لم يكن للفنان خطة شخصية بل اقتصر على مجرد المحاكاة للطبيعة أو المحاكاة لمصنف فنى سابق ، فإن التنفيذ الذى يقوم به بشخصه يكون اصطبغ العمل بطابع الابتكار وإضفاء الشخصية : فيكون هذا العمل مصنفا فنيا مستحقاً للحماية .

فنبحث إذن فيما يلى المسائل الثلاث الآتية : (١) المصنفات الفوتوغرافية . (٢) المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة للطبيعة . (٣) المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة لمصنفات سابقة .

١٨٠ — **المصنفات الفوتوغرافية** : اختلف الرأى فيما إذا كانت المصنفات الفوتوغرافية — ويدخل فيها مايلتقط فوتوغرافيا من الكتابة وما يصدر من المخطوطات والكتب بواسطة الميكروفيلم — تعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية ، أو هى مجرد تنفيذ ميكانيكى بواسطة آلة التصوير فلا تعتبر مصنفات فنية ولا تستحق الحماية .

فهناك رأى يذهب إلى أن التنفيذ الميكانيكى فيها هو الغالب ، فلا تعتبر مصنفات فنية ، ولا تستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف ، وإنما تحمى عن طريق مبدأ المزاحمة غير المشروعة[١] .

وهناك رأى عكسى يذهب إلى أن عمل الفوتوغرافى الشخصى فيها هو الغالب ، فتعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف[٢] .

وهناك رأى متوسط يذهب إلى أنه يجب التميز ما بين المصنف الفوتوغرافى الذى يحمل طابع المقدرة الفنية وحسن الذوق وطول المران فهذا هو الذى يعتبر مصنفا فنيا يستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف ، وبين المصنف الفوتوغرافى الذى لا يحمل أثراً من ذلك وتغلب عليه الصنعة الميكانيكية

---

(١) أميان ٦ مارس سنة ١٩٠١ Dr, d'auteur ١٩٠١ — ١٤٥ — نانسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٩٦ — تولوز ١٧ يوليه سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ — ٢ — ١٦١ .

(٢) السين دائرة الجنح ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ — ١٤٧ — السين المدنية ٢٠ يناير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ٧٣ — ليون دائرة الجنح ٩ يناير سنة ١٩١٤ Ann. ١٩١٩ — ٢ — ١٨ .

فلا يعتبر مصنفا فنيا ولا يستحق الحماية[1] . وتعتبر محكمة النقض الفرنسية أن هذه هى مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض[2] .

على أن المصنف الفوتوغرافى ليس هو مجرد التقاط المنظر ، بل هو يتناول أيضاً ما يسبق ذلك من اختيار للمنظر والجانب الذى يصور منه والتحضير للعمل ، وما يتلو ذلك من إعداد للصورة والتهذيب الذى يجرى فيها . وكل هذه سلسلة من الأعمال لا تتجزأ من الناحية الفنية . ومن ثم يحمل المصنف الفوتوغرافى دائماً طابعا شخصيا لصانعه ، فيستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف . وعلى هذا جرى قانون حماية حق المؤلف فى مصر ، فقد رأينا أن المادة ٢ من هذا القانون تدرج المصنفات الفوتوغرافية بين المصنفات التى يحميها القانون ويجعل مدة حمايتها فى الأصل خمسين سنة بعد موت صانع المصنف ، شأن المصنف الفوتواغرافى فى ذلك شأن سائر المصنفات التى يحميها القانون . غير أن المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتى : « على أن حقوق مؤلف المصنف الفوتوغرافى لا يترتب عليها منع الغير من التقاط صور جديدة للشىء المصور ، ولو أخذت هذه الصور الجديدة من ذات المكان وبصفة عامة فى ذات الظروف التى أخذت فيها الصورة الأولى »[3] . وليس فى هذا النص ما ينتقص من حماية المصنف الفوتوغرافى ، فإن الحماية إنما تقتضى منع التقاط الصورة مباشرة من نفس المصنف الفوتوغرافى دون إذن من المؤلف ، ولكنها لا تمنع من التقاط صورة أخرى من ذات المكان ، ولو كان ذلك فى ذات الظروف التى أخذت فيها الصورة الأولى .

ولكن الذى ينتقص من حماية المصنفات الفوتوغرافية ، وكذلك من حمايه المصنفات السينمائية ، أن قانون حماية حق المؤلف استثنى من هذه المصنفات ما لا يكون مصطبغا بطابع إنشائى وقد اقتصر فيه على نقل المناظر نقلا آليا ، فأنقص من مدة حمايته إنقاصا كبيراً ، إذ جعل هذه المدة خمس عشرة سنة

---

(١) باريس ٢٩ أبريل سنة ١٨٦٤ .Ann ١٨٦٤ - ٦٤ : ٢٣٥ - ٦ مايو سنة ١٨٦٤ .Ann ٦٤ - ٢٣٢ - ٦ مايو سنة ١٨٩٧ .Ann ١٨٩٧ - ٩٧ - ١٤٨ - نانسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٩٦ - أورليان ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ٣٣٦ .

(٢) نقض فرنسى جنائى ١٥ يناير سنة ١٨٦٤ دالوز ٦٥ - ٥ - ٣١٧ .

(٣) ويطابق نص المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢/٣ من المشروع الجديد .

بدلا من خمسين ، وتبدأ من أول نشر للمصنف لا من وقت موت المؤلف . فنصت المادة ١/٢٠ من هذا القانون على ما يأتى : « على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع إنشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق (حقوق الاستغلال المالى) بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » .

١٨١ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة للطبيعة : وفى هذا الفرض يحاكى الفنان المنظر الطبيعى الذى يصوره محاكاة تامة ، فيصور مثلا مشهداً من مشاهد الطبيعة (paysage) ، أو صورة إنسان (portrait) ، أو صورة حيوان . ويتوخى فى ذلك أن ينقل الصورة التى يرسمها كما هى دون أى تغيير ، فتخرج وهى تكاد أن تكون نسخة طبق الأصل من الشىء المصور ، وحتى ليتوهم الرائى أنها صورة فوتوغرافية .

وقد ذهب رأى إلى أن هذه المحاكاة التامة تفقد المصنف الفنى عنصر الابتكار والشخصية ، فلا يستحق الحماية(١) . ولكن الرأى الصحيح هو أن العبرة فى المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قدمنا ؛ وإذا كان عنصر الخطة غير قوى فى مجرد المحاكاة لشىء سابق ، فإن عنصر التنفيذ قائم قياما تاما ، ولعله أشد مشقة من التنفيذ الذى يقوم به المصور فيما لو تصرف وأطلق العنان لخياله . ولم ينقل الفنان المنظر الذى صوره نقلا ميكانيكيا ، بل رسمه بيده فأضفى عليه شخصيته وكان فى هذا التنفيذ مبتكراً ، وهو أشد ابتكارا وأبرز شخصية كلما زادت المحاكاة . ومن ثم يكون له على مصنفه حق المؤلف ، ولا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل مباشرة الصورة التى رسمها ، وإن جاز لأى شخص دون إذن أن يصور نفس المنظر عن الطبيعة نفسها . وعلى هذا الرأى الصحيح سار القضاء فى فرنسا ، قضاء محكمة النقض وقضاء المحاكم الأخرى(٢) .

---

(١) باريس ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ .Ann ١٩١٤ – ١ – ٢٨ – ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ .Ann ١٩٢٤ – ٩٧ – دويه ٢٦ يونيه سنة ١٩٣١ مجموعة دويه ١٩٣١ – ١ – ٢٧ .

(٢) نقض فرنسى جنائى ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ٣٣٣ – باريس ١٦ نوفبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ٢ – ٦٤ – ٧ مارس سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبينو ١٩٠٢ – ٢ – ١٢ – السين ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ .Ann ١٩٠٦ – ١ – ١٩٧ – وانظر ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop, Lit et Art فقرة ٤٦ .

ويترتب على أن للفنان حق المؤلف على المصنف الفنى الذى حاكى فيه الطبيعة محاكاة تامة أنه لو نزل عن هذا الحق لناشر ، فإنه لا يجوز له بعد ذلك أن ينقل الصورة التى رسمها عن الصورة نفسها . ولكن يجوز له أن يصور مرة أخرى المشهد الطبيعى الذى سبق له تصويره ، لا عن الصورة نفسها ، بل عن الطبيعة[١]. على أنه يجب عليه أن يحترز من الإخلال بالتزام الضمان ، فقد يكون فى تصويره مرة أخرى المشهد الطبيعى عن الطبيعة إخلال بالتزامه نحو الناشر ، الذى باع له حقه فى الصورة الأولى ، بضمان تمتع الناشر بالحق الذى اشتراه دون تعرض من جانب البائع[٢] .

١٨٢ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة :
فى هذا الفرض ينقل الفنان عن صورة سابقة بحيث يحاكيها محاكاة تامة ويقع ذلك عادة عندما يشتهر مصنف شهرة عظيمة فى عالم الفن بأن يكون من صنع مصور من المصورين العالميين ، ويؤول هذا المصنف الفنى إلى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته . فيعمد بعض الفنانين إلى محاكاة هذا المصنف محاكاة تامة ، حتى ليصعب التمييز بين الأصل والنسخة التى أخذت عنه . فيظهر الفنان بذلك مقدرته الفنية . وقد يكون المصنف الفنى المشهور لم يؤل بعد إلى الملك العام ولم تنقض مدة حمايته ، فيجب فى هذه الحالة على الفنان الذى يريد محاكاته أن يستأذن فى ذلك صاحب هذا المصنف الفنى أو خلفاءه . والمفروض الآن أن الفنان قد نقل ، بعد الحصول على الإذن الواجب أو دون إذن إذا لم يكن الإذن واجبا ، الصورة المشهورة وحاكاها محاكاة تامة ، فهل يكون له على عمله ، وهو الصورة التى رسمها هو وحاكى بها الصورة المشهورة ، حق المؤلف ؟

هنا أيضاً قد يقال إن الفنان لم يبتكر شيئاً ، وقد اقتصر على أن ينقل نسخة طبق الأصل عن صورة موجودة من قبل ، بل إنه هنا لم ينقل عن الطبيعة كما فعل فى الفرض السابق ، بل نقل عن صورة نقلها غيره عن الطبيعة

---

(١) باريس ٣ مايو سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ — ٢ — ١١ — دويه ١٣ مايو سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ٢ — ١٨٢ .

(٢) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٩ .

أو نقلها عن خياله . ومن ثم لا يكون للفنان ، فى نظر من يقول بذلك ، حق المؤلف على عمله ، ويجوز لغيره دون إذنه أن ينقل عن نفس الصورة التى رسمها كما نقلها هو عن غيره . ولكن الرأى الصحيح ، فى هذا الفرض الثانى أيضاً ، أن العبرة فى المصنف الفنى بالتنفيذ ، ومادام الفنان قد نقل بيده الصورة التى رسمها ، ولم ينقلها بطريقة ميكانيكية ، فإنه يكون قد بذل جهداً واضحا فى التنفيذ ، بل إنه قد أظهر من الابتكار والمقدرة الفنية ما جعله يضفى شخصيته على العمل الذى قام به . ويزداد ابتكاره وطابعه الشخصى كلما كانت الصورة التى رسمها أكثر محاكاة للصورة الأصلية ، فإذا ما تعذر التمييز بين الصورتين فنهالك يكون الفنان قد بلغ الأوج من الابتكار والمقدرة الفنية[1]. ومن ثم يكون للفنان حق المؤلف على عمله، ولا يجوز لغيره دون أن يستأذنه أن ينقل صورته ، كما استأذن هو صاحب الصورة الأصلية التى نقل عنها إذا كان هذا لا يزال متمتعا با لحماية[2] . ولكن يجوز لأى شخص أن ينقل عن الصورة الأصلية ، بعد استئذان صاحبها إذا كان لا يزال متمتعا بالحماية ، أو دون استئذان إذا انقضت مدة الحماية وآلت الصورة الأصلية إلى الملك العام .

وكما يجب استئذان صاحب المصنف الفنى الأصلى إذاكان لا يزال متمتعا بالحماية فى محاكاة مصنفه ، كذلك يجب استئذانه فى تحويل مصنفه من لون من ألوان الفن إلى لون آخر . ومن ثم يجب استئذان المهندس المعمارى الذى شيد بناء بتصميم من وضعه فى نقل صورة مطابقة للأصل لهذا البناء على أغطية علب الجبن[3] ، واستئذان صاحب الصورة فى نقل صورة مطابقة لصورته على سجاد تنقش فيه الصورة باليد[4] ، أو على مجموعة من الصينى أو من البرونز[5] .

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٥٠ .

(٢) باريس ٣٠ يوليه سنة ١٨٨٨ .Ann ٨٩ – ١١٧ – السين أول ديسمبر سنة ١٩٠٣ جازيت دى تريبينو ١٩٠٤ – ٢ – ١٤٩ – بروكسل الابتدائية ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ Dr. d'auteur ١٩٠٤ – ٧١ .

(٣) بايه (Bayeux) ٢٠ يوليه سنة ١٩٢٣ .Ann ١٩٢٣ – ٣٠٩ .

(٤) باريس ٢٠ أبريل سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. eod No. 409 .

(٥) باريس ١٦ فبراير سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. eod No 409 .

المطلب الثالث

المصنفات الموسيقية

١٨٣ – أنشر المصنفات الموسيقية : ذكرت الفقرة الأولى من المادة ٢ ن قانون حماية حق المؤلف ، فى إيرادها لأنواع المصنفات الفنية ، ما يأتى :

١ – المصنفات الموسيقية ، سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها : وهذه عبارة عامة شاملة ، تتناول جميع المصنفات الموسيقية . فإذا اقترن المصنف الموسيقى بالألفاظ ، كان مركبا من عنصرين : العنصر الموسيقى ، وعنصر الألفاظ التى اقترنت بالعنصر الموسيقى وهو معتبر من المصنفات الأدبية . ولكن العنصر الموسيقى هو الغالب ، ومن ثم يجب اعتبار المصنف وحدة لا تتجزأ ويكون مصنفا موسيقيا .

٢ – المسرحيات الموسيقية : وهذه تشمل لونا خاصا من ألوان المصنفات الموسيقية ، أفردها القانون بالذكر تنويها بشأنها . وتتناول المسرحيات الموسيقية الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والفودفيل إذا اقترنت بها الموسيقى وأية مسرحية أخرى تقترن بها الموسيقى . وهنا يجب التمييز بين المسرحية ذاتها وهى مصنف أدبى له مؤلفه ، وبين الموسيقى التى اقترنت بالمسرحية وهى مصنف موسيقى وله مؤلف آخر . وإذا كانت الموسيقى تابعة للمسرحية ، إلا أنها تنفرد بذاتية مستقلة بوصفها مصنفا موسيقيا ، ولصاحب الألحان الموسيقية حق المؤلف على ألحانه ، فلا يجوز لأحد دون إذنه أن ينقل ألحانه ، سواء صحبها بالمسرحية التى اقترنت بها أو نقلها مستقلة عن هذه المسرحية . وقد نصت المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك »(١) .

---

(١) وانظر أيضاً المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف فى شأن مصنفات الموسيقى الغنائية حيث يتغلب عنصر الموسيقى على عنصر الكلام ، وسيأتى تفصيل القول فى ذلك (انظر ما يلى فقرة ١٩٨) .

ويمكن أن يضاف إلى ما تقدم الأمثلة الآتية :

٣ — المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى والاستعراضات المصحوبة بالموسيقى . ويتناول ذلك الرقص بأنواعه المختلفة والتمثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب الرياضية إذا صحبتها الموسيقى . وهنا يغلب عنصر الحركة على عنصر الموسيقى(١) .

٤ — المصنف السينمائي . وتصحبه عادة الموسيقى ، ويعتبر واضع الموسيقى ، إذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائي ، شريكا في هذا المصنف (م٣١ من قانون حماية حق المؤلف)(٢) .

١٨٤ — الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية والمصنفات الفنية : يختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الأدبي في أن الموسيقى تخاطب الإحساس والشعور ، في حين أن التصنيف الأدبي يخاطب العقل والتفكير . فالفكرة في التصنيف الأدبي تسبق الخطة ، وتسبق من باب أولى التعبير ، وهي غير قابلة لأن يترتب عليها حق المؤلف إذ هي حق مشاع للجميع . أما الميلودى (اللحن) في الموسيقى ، ويقابل الفكرة في التصنيف الأدبي ، فيحمل الطابع الشخصي للمؤلف ، ومن ثم يكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق التأليف .

ويختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الفني في أن الموسيقى تستلهم الخيال في داخل النفس فيتجسم الخيال في اللحن الموسيقى (الميلودى) ، ومن ثم يكون الميلودى قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف . أما الفن فيستلهم المرئيات في العالم الخارجي ، ومادام باقيا في دور الاستلهام فليس له قوام ذاتي تمكن حمايته ، ولا يحمى إلا إذا دخل دور التنفيذ أي التعبير ، وقد رأينا أن المصنف الموسيقى يحمى حتى قبل أن يؤدى ، وهو لا يزال نوتا (notes) موسيقية . على أن المصنف الموسيقى لا ينتهي إلى غايته إلا وهو في دور الحركة

---

(١) انظر المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف ، وانظر في صدد هذه المادة ما يلي فقرة ١٩٩ .

(٢) وانظر فيما يتعلق بالمصنف السينمائي والمصنف المعد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ما يلي فقرة ٢٠٠ .

أى بعد أن يدخل فى دور التأدية والسماع ، فى حين أن المصنف الفنى ينتهى إلى غايته وهو باق فى دور السكون ولا يبرح هذا الدور حتى بعد تنفيذه .

١٨٥ — عناصر المصنف الموسيقى : ويشتمل المصنف الموسيقى على عناصر ثلاثة : (١) اللحن الموسيقى (الميلودى mélodie) . (٢) التوافق الموسيقى (الهارمونى harmonie) . (٣) الإيقاع الموسيقى أو الضرب الموسيقى أو الوزن الموسيقى (الريتم rythme) .

أما اللحن الموسيقى (الميلودى) فهو سلسلة من الأنغام (الأصوات الموسيقية) المتوالية ، تكون أساسا للمصنف الموسيقى . ويكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، مستقلا عن العنصرين الآخرين .

وأما التوافق الموسيقى (الهارمونى) فينتج من إصدار أنغام مختلفة فى آن واحد ، مع مراعاة الانسجام الموسيقى فيما بينها . وليس للتوافق الموسيقى قوام ذاتى ، وإنما هو يصحب اللحن الموسيقى ويقترن به ، إذ هو انسجام ما بين الأنغام المختلفة طبقا لقواعد موسيقية معروفة . ومن ثم لا يكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، إلا إذا صحب اللحن الموسيقى .

وأما الإيقاع الموسيقى (الريتم) فهو الأبعاد الزمنية ما بين الأنغام المختلفة المتوالية ، أو الأبعاد الزمنية ما بين نغم واحد يتكرر ، أو الاختلاف فى الضغط على النوت الموسيقية بعضها بالنسبة إلى بعض . ولا يكون قابلاً بذاته لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، ولكنه يكون قابلا لذلك — كما هو شأن التوافق الموسيقى — إذا صحب اللحن الموسيقى واقترن به .

١٨٦ — المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة : ويقع فى المصنفات الموسيقية ، كما رأينا فى المصنفات الأدبية والفنية ، أن يشتق مصنف من مصنف آخر سابق عليه . والقاعدة واحدة فى جميع هذه الأحوال ، فإن مؤلف المصنف المشتق يجب عليه أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلى أو خلفاءه إذا كان هذا المصنف لا تزال تشمله الحماية ولم يؤل إلى الملك العام ، فإن للمصنف الأصلى حقا أعلى (droit éminennt) على المصنف المشتق . ولا حاجة لاستئذان أحد إذا كان المصنف الأصلى قد انقضت مدة حمايته وآل إلى الملك العام . فإذا اشتق مؤلف مصنفا موسيقيا من مصنف موسيقى

سابق ، فإنه له حقوق المؤلف على المصنف المشتق ، ولا يجوز لأحد بغير إذنه أو إذن خلفائه أن ينقل المصنف المشتق أو يحوله مادامت مدة حمايته باقية .

واشتقاق مصنف موسيقى من مصنف موسيقى سابق يكون عادة بأحد طريقين : طريق التحويل (arrangement) ، وطريق التنويع (variation) . أما طريق المحاكاة (imitation) ، وهو أن يبارى مؤلف موسيقى مؤلفا موسيقيا آخر فيأتى بمصنف يضاهى مصنفه ويسمو إلى مرتبته ، فليس بطريق اشتقاق ، ويعتبر المصنف اللاحق مصنفا أصليا لا مشتقا ، شأنه فى ذلك شأن المصنف السابق . ويترتب على ذلك أن صاحب المصنف اللاحق لا يتعين عليه استئذان صاحب المصنف السابق حتى لوكانت مدة حماية هذا المصنف الأخير لم تنقض ، فإن المصنف اللاحق مصنف أصلى غير مشتق من المصنف السابق . ويبقى الآن أن نقول كلمة موجزة فى كل من طريقى الاشتقاق السابق الإشارة إليهما ، وهما التحويل والتنويع .

أما التحويل فيتحقق بنقل مصنف موسيقى من الصلاحية لآلة موسيقية معينة (البيانو مثلا) إلى الصلاحية لآلة موسيقية أخرى (الكمنجة مثلا) . وهذا أقرب ما يكون إلى الترجمة فى المصنفات الأدبية والعلمية ، إذ أن المؤلف يترجم مصنفا موسيقيا من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى . ولا يعتبر نقل المصنف الموسيقى من مفتاح إلى مفتاح آخر تحويلا ، إذ أن هذا النقل إنما يقتضى مهارة تكنولوجية لا مهارة فنية ، أما التحويل فيقتضى مهارة فنية وينطوى على قدر من الابتكار والشخصية يجعل المصنف المحول جديراً بالحماية .

وأما التنويع فيقتضى مهارة فنية أكبر وينطوى على قدر أعلى من الابتكار والشخصية . فإن المؤلف الموسيقى فى حالة التنويع لا يلتزم مصنفا موسيقيا واحدا فيترجمه من لغة آلة موسيقية إلى لغة آلة موسيقية أخرى ، بل هو يقتبس مصنفه المتنوع من مصنف أومصنفات موسيقية متعددة يجمع بينها ، ويؤلف منها ومن عمله هو نفسه مصنفا يحمل طابع شخصيته وأثر ابتكاره . ومن ثم يكون المصنف المتنوع جديراً بالحماية ، بل هو أولى بالحماية من المصنف المحول .

المبحث الثانى

المؤلف

١٨٧ — القاعدة العامة : تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ويعتبر مؤلفا الشخص الذى نشر المصنف منسوبا إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى ، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك . ويسرى هذا الحكم على الاسم المستعار ، بشرط ألاّ يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى صدد هذا النص : « وقد عرفت هذه المادة المؤلف بأنه الشخص الذى ينشر المصنف منسوبا إليه بأية طريقة من الطرق المتبعة فى نسبة المصنفات لمؤلفيها ، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع مجالا للشك فى التعرف على شخصية المؤلف ، وهذه القرينة غير قاطعة فهى تقبل الدليل العكسى »[1] .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن كما قدمنا ، فالمؤلف بداهة هو المبتكر . ولم يعن النص سالف الذكر بذكر هذه القاعدة صراحة لبداهتها ، وإنما عنى بأن يذكر كيف يقام الدليل على ذاتية هذا المبتكر . فالأصل أن المصنف ينشر عادة منسوبا إلى شخص معين ، فيذكر اسم هذا الشخص ، فى غلاف المصنف وفى الصفحة الأولى من صفحاته وهى الصفحة التى تحمل العنوان ، على أنه هو المؤلف . وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذى ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة ، وعلى من يدعى أن هذا غير صحيح وأنه هو ، لا الشخص الذى ذكر اسمه ، المؤلف الحقيقى أن يقيم الدليل على ذلك . وله أن يقيم الدليل بجميع طرق الإثبات ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . وقد يكتفى المؤلف بوضع علامة على مصنفه ، فإذا وقع نزاع فعليه

---

(١) ويقابل النص فى المشروع الجديد الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا المشروع ، وتجرى على النحو الآتى : « ويعتبر مؤلفا الشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى نشر المصنف منسوبا إليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه الحقيقى أو اسم مستعار على المصنف أو بأية طريقة أخرى ، إلا إذا ثبت عكس ذلك » . ولا فرق فى الأحكام ما بين نص القانون القائم ونص المشروع الجديد .

أن يثبت بجميع الطرق أن هذه العلامة خاصة به وأنها لا تدع مجالا للشك فى التعرف على شخصيته . وقد يضع المؤلف على مصنفه اسما مستعاراً ، أو ينشره غفلا من اسم المؤلف بتاتا ، فيكون على المؤلف عند النزاع إقامة الدليل بجميع الطرق على أن الاسم المستعار هو له بحيث لا يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف ، أو أنه هو الذى ألف المصنف فى حالة نشره غفلا من اسم المؤلف ،وسنعود إلى هذه الحالة ببيان أوفى فيما يلى[1] . ويتبين من ذلك أن نسبة المصنف إلى شخص ، سواء بذكر اسمه على المصنف أو بذكر اسم مستعار أو بأية طريقة أخرى ، إنما هى قرينة قانونية غير قاطعة ، فهى تقبل دائماً إثبات العكس ،ويكون الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية .

ولما كان المصنف إنما هو نتاج الفكر ، فإنه يترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان .

أولا – أنه لا يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن صفته كمؤلف ، فهو المؤلف حتما لأن المصنف هو نتاج فكره ، كالأب لا يستطيع أن ينزل عن أبوته . وكل ما يستطيع المؤلف أن ينزل عنه للغير ، ليس هو صفة المؤلف ولا الحق الأدبى الملتصق بهذه الصفة . ولكن حق الاستغلال المالى الذى يثبت له باعتباره مؤلفا على النحو الذى سنفصله فيما يأتى .

ثانيا – لا يجوز فى الأصل أن يكون المؤلف شخصاً معنويا ، فالمصنف نتاج الفكر كما قدمنا ،والشخص المعنوى غير قادر على التفكير . والذين يفكرون هم أشخاص طبيعيون تابعون للشخص المعنوى ، فيجب أن يكونوا هم المؤلفين وليس الشخص المعنوى . ومع ذلك فإن قانون حماية حق المؤلف يصرح بأن المؤلف قد يكون شخصاً معنويا ، وقد أشار إلى ذلك عندما نص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ منه على ما يأتى : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر إذا كان صاحب الحق شخصاً معنويا عاما أو خاصاً[2] » . وكان الواجب أن تكون الحماية للشخص الطبيعى الذى ألف المصنف بتوجيه الشخص

---

(١) انظر فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٤ .

(٢) انظر أيضاً المادة ٢٧ من نفس القانون فى المصنف الجماعى (انظر ما يلى فقرة ١٩٥) – وقد صرح بذلك أيضاً المشروع الجديد عندما نص ، كما رأينا ، فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على ما يأتى : « ويعتبر مؤلفا الشخص الطبيعى أو الاعتبارى ... » .

المعنوى ، وأن تكون مدة الحماية خمسين سنة لا من وقت نشر المصنف كما جاء فى النص ، بل من وقت موت الشخص الطبيعى الذى ألف المصنف . وسنعود إلى هذه المسألة فى مناسبات مختلفة .

١٨٨ — **حالات خاصة** : وإلى جانب هذه القاعدة العامة ، توجد حالات خاصة فى حاجة إلى شىء من التفصيل . وهذه الحالات ، التى سنتناولها فيما يلى ، هى : (١) المصنفات التى يكلف مؤلفوها بوضعها . (٢) المصنفات التى تحمل اسما مستعارا أو التى لا تحمل أى اسم . (٣) المصنفات التى يتعدد فيها المؤلف .

المطلب الأول

المصنفات التى يكلف مؤلفوها بوضعها

١٨٩ — **فرضان** : يكلف المؤلف بوضع مصنف إما بتكليف خاص بموجب عقد مقاولة ، أو بتكليف عام بأن يكون المؤلف فى خدمة رب العمل يؤجره على وضع المصنفات بموجب عقد عمل . وفى الفرضين يبقى للمؤلف صفته هذه لا تنتقل منه إلى رب العمل ، كما يبقى له حقه الأدبى على مصنفه إذ أن هذا الحق لصيق بشخصه ، وكل ما يكون محلا للنظر هو ما إذا كان المؤلف قد نزل لرب العمل عن حقه المالى فى استغلال المصنف بموجب عقد المقاولة أو عقد العمل .

ونبحث كلا من الفرضين .

١٩٠ — **الفرض الأول — عقد المقاولة** : نفرض أن شخصا قاول أحد المؤلفين على أن يقوم هذا الأخير بوضع مصنف معين : كتاب فى التاريخ أو فى الطبيعة أو رسم صورة أو عمل تمثال أو تأليف لحن موسيقى أو وضع أغنية أو كتابة مسرحية . فى هذا الفرض تحدد عقد المقاولة حقوق كل من الطرفين : المؤلف ورب العمل . ويستوى أن يكون رب العمل شخصاً طبيعيا أو شخصاً معنويا ، والشخص المعنوى قد يكون شخصاً معنويا عاما كالدولة ممثلة فى وزارة التربية والتعليم مثلا ، أو شخصاً معنويا خاصا كجمعية للفنون الجميلة

أو جمعية للتمثيل المسرحي أو شركة لبيع التماثيل أو الأغاني أو الألحان الموسيقية

وهناك حدود لا يجوز أن يتخطاها عقد المقاولة . فالمؤلف لا يجوز له ، بعقد المقاولة ، أن ينزل لرب العمل عن صفته كمؤلف ، فلا يمكن أن يصبح رب العمل هو المؤلف للمصنف محل المقاولة ، بل تبقى للمؤلف صفته بالرغم من أي اتفاق على خلاف ذلك . كذلك لا يجوز للمؤلف . بعقد المقاولة ، أن ينزل عن حقه الأدبي كمؤلف ، فهذا حق لصيق بشخصه غير قابل للتصرف فيه ، ويبقى المؤلف يمارس هذا الحق ولو وجد اتفاق في عقد المقاولة على غير ذلك .

والذي يمكن الاتفاق عليه في عقد المقاولة هو ما يتعلق بحق المؤلف المالي في استغلال مصنفه . فقد ينزل المؤلف عن هذا الحق لرب العمل بموجب عقد المقاولة ، فيصبح رب العمل هو صاحب الحق في استغلال المصنف ماليا طوال مدة الحماية ، أي طوال حياة المؤلف وخمسين سنة بعد موته . ومن هنا نرى أن رب العمل ، إذا كان شخصا معنويا عاما أو خاصا ، لا يستطيع أن يكون هو المؤلف للمصنف الذي أوصى بوضعه ، وكل ما يكون له من حق هو أن يستغل ماليا هذا المصنف إلى خمسين سنة بعد موت المؤلف ، لا إلى خمسين سنة من وقت نشر المصنف (قارن م ٢٠/٣ من قانون حماية حق المؤلف) . وقد يقتصر المؤلف على أن ينزل لرب العمل ، بموجب عقد المقاولة ، عن حق الاستغلال المالي لمدة معينة ، عشر سنوات مثلا أو عشرين سنة . وقد لا ينزل المؤلف عن حقه المالي إلا بالنسبة إلى طبعة واحدة أو عدد معين من الطبعات ، أو عن عدد معين من النسخ مع الاحتفاظ بحقه في طبع نسخ أخرى . وهكذا تتنوع صور الاتفاق ما بين المؤلف ورب العمل بموجب عقد المقاولة ، ولكن كل هذه الصور إنما تتناول حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالا ماليا ، ولا تجاوز ذلك إلى صفته كمؤلف ولا إلى حقه الأدبي على مصنفه .

١٩١ — الفرض الثاني — عقد العمل : وهنا نفرض أن شخصا صناعته التأليف استخدمه رب العمل بموجب عقد عمل ، فظل في خدمته يضع المصنفات التي يوصي بها رب العمل ، في مقابل أجر يحدد طبقا للطرق التي يحدد بها الأجر في عقد العمل . مثل ذلك عقود العمل التي تبرمها الصحف والمجلات

مع محررها ، على أن يقوم هؤلاء بتحرير الصحيفة أو المجلة فى نظير أجر شهرى ، أو فى نظير أجر عن كل مقال يحرره المؤلف .

وهنا أيضاً فى هذا الفرض ، كما فى فرض عقد المقاولة ، لا يجوز للمؤلف بموجب عقد العمل أن ينزل عن صفته كمؤلف ، ولا أن ينزل عن حقه الأدبى على مصنفه . ولا يجوز أن يصبح رب العمل – شخصاً طبيعياً كان أو شخصا معنويا عاما كالدولة أو خاصا كالجمعية والشركة – هو المؤلف بموجب عقد العمل ، ولا أن يكون له حق أدبى على المصنف . ولكن المؤلف يكون بموجب عقد العمل قد تصرف فى حقه المالى فى استغلال مصنفه ، فلا ينشر هذا المصنف مثلا إلا فى الصحيفة أو المجلة التى تعاقد معها[1] . وقد يحتفظ المؤلف بحقه فى جمع مصنفاته التى نشرها باسمه رب العمل فى مصنف شامل ، ويكون له فى هذه الحالة حق استغلال هذا المصنف ماليا . ويتحدد بوجه عام حقوق المؤلف المالية على مصنفاته بحسب ما ورد من الشروط فى عقد العمل .

وقد يوفق المؤلف ، فى أثناء خدمته لرب العمل وبسبب هذه الخدمة ، إلى وضع مصنف لم يتعاقد عليه بالذات مع رب العمل . فيستبقى المؤلف فى

---

(١) وقد تكون الدولة أو شخص عام هو رب العمل ، وهو الذى يكون له حق الاستغلال المالى للمصنف . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا الصدد بأنه ليس هناك ما يمنع الدولة من أن تملك أملاكا أدبية كما تملك أملاكا مادية ، وإن كان يبدو لأول وهلة أنه إن صح للدولة أن تملك أملاكا مادية فإنه لا يصح لها أن تملك أملاكا أدبية وأن تستغلها تجاريا ، إذ لا يصح الاتجار بالثقافة العامة ونشرها من أول واجبات الدولة . فإنه يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن استغلال الدولة للأملاك الأدبية كاستغلالها للأملاك المادية ماهو إلا للمصلحة العامة ، لأن ما تكسبه الحكومة من مال من ذلك يؤول بمجرد أيلولته إليها إلى خزانة الدولة العامة ، أى يصبح من الأموال العامة التى لا تصرف إلا فى الشئون العامة وفى سبيل المصلحة العامة ... فإن أجهدت الدولة نفسها بوساطة موظفيها الذين يأخذون مرتباتهم العامة فى تأليف كتاب جديد أو تصحيح كتاب قديم ، وزادت فيه وعلقت عليه من مصادر أخرى ، ورتبته ووضعت مقدمة وفهرسا له ، فإن كل ذلك يعتبر ملكية أدبية لا يصح معها لفرد أن يستغل هذا المجهود استغلالا تجاريا لنفسه خاصة بدون أى مقابل من جهته (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ : وهى قضية نشر كتاب القرطبى – وكانت محكمة مصر الكلية فى ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٣ ص ٨٨ ، قد قضت بأنه مع التسليم جدلا بأيلولة مثل هذه المؤلفات إلى وزارة المعارف ، فإنها متى آلت الدولة وطبعتها تسقط حالا فى الملك العام ، ويكون لكل إنسان حق إعادة طبعها ، لأن المؤلفات التى تنشرها الدولة تدل بطبيعتها على أنها وضعت لخدمة الجمهور) .

هذه الحالة على المصنف الحق الأدبى والحق المالى جميعا ، ويكون له وحده حق استغلال المصنف أو النزول عن استغلاله لمن يشاء . وذلك ما لم يرد شرط فى عقد العمل يقضى بغيره . وقد ورد فى التقنين المدنى نص خاص بما يوفق إليه العامل من اختراعات جديدة فى أثناء خدمته لرب العمل . يمكن تطبيقه أيضاً على ما يضعه المؤلف من مصنفات . فقد نصت المادة ٦٨٨ مدنى على أنه « ١ – إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل ، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع . ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل . ٢ – على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداع ، أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة بأن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات . ٣ – وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية ، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته » .

وهناك مصنفات يقوم بها موظفو الدولة بحكم وظائفهم ، كمشروعات القوانين والقرارات واللوائح ، وكالأحكام القضائية ، وكالتقارير الاقتصادية والمالية والعلمية والتعليمية والإحصاءات وما إلى ذلك من الوثائق الرسمية . فهذه كلها تقع فى الملك العام ، ولا يكون لا للدولة ولا لمن وضعوها ولا لأى أحد آخر حق المؤلف عليها ، إذ يراد بهذه الوثائق الرسمية أن تكون فى متناول كل فرد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1] . ويلاحظ مع ذلك أن بعض هذه الوثائق قد تكون سرية ، فلا يجوز لأحد نشرها ، وقد يقتضى الأمر الاستئذان فى نشر بعضها من الجهة الحكومية المختصة ، كما يلاحظ أن المجموعات المنسقة تنسيقاً مبتكراً يثبت عليها حق المؤلف لمن قام بجمعها وقد تقدم بيان ذلك[2] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٤ .

المطلب الثاني

المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو لا تحمل أي اسم

١٩٢ — استبقاء المؤلف لصفته ولحقوقه : قدمنا أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف تقضي بأن المصنف الذي يحمل اسما مستعارا أو ينشر غفلا من اسم المؤلف يبقى منسوبا إلى مؤلفه الحقيقي ، ويحتفظ هذا بصفته وبجميع حقوقه الأدبية والمالية على مصنفه[1] ، وإن كان ذلك يبقى مستوراً ولا ينفذ إلا فيما بينه وبين من فوض له مباشرة حقوقه ، إلى أن يكشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته فعند ذلك يباشر حقوقه بنفسه . والمؤلف يعمد إلى نشر مصنفه تحت اسم مستعار أو غفلا من اسمه لأسباب مختلفة ترجع إلى محض تقديره ، فقد يرى إبقاء اسمه مستوراً لتتاح له الفرصة في تقدير أثر مصنفه في نفوس الجماهير ، وقد يفعل ذلك مراعاة لمصلحة الغير ، وقد يسير في ذلك على نهج ألفه كبار الكتاب من نشر مصنفاتهم تحت اسم مستعار . والمهم أن ستر اسمه لا يحرمه من صفته ولا من حقوقه ، ولكن مادام اسمه مستوراً فإنه يخضع لأحكام خاصة يقتضيها هذا الستر ، حتى إذا أعلن عن شخصيته خضع للأحكام العامة . فيجب إذن أن نميز بين عهدين : العهد الذي يبقى فيه اسمه مستورا ، والعهد الذي يكشف فيه عن شخصيته .

١٩٣ — العهد الأول — المؤلف اسمه مستور : تنص المادة ٢٨ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « في المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو التي لا تحمل اسم المؤلف ، يعتبر أن الناشر لها قد فوض من المؤلف في مباشرة الحقوق المقررة في هذا القانون ، مالم ينصب المؤلف وكيلا آخر أو يعلن شخصيته ويثبت صفته »[2]. ويخلص من هذا النص أنه مادام اسم المؤلف

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في خصوص هذا النص ما يأتي : « والمصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار تعتبر ملكا للناشر ، وأساس هذا الحكم قرينة مفترضة في أن المؤلف قد فوض الناشر في مباشرة حقوق استغلاله وذلك إلى أن يكشف المؤلف عن شخصيته . ولا شك أن في هذا الحكم تيسيراً للمؤلف في مباشرة حقوقه إذا ما رغب عدم الإعلان عن شخصه ، وحرص على أن يظل أمره مجهولا » .

ويقابل هذا النص نص المادة ٢٨ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

مستوراً ، فلابد من شخص ظاهر يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . وهذه ضرورة تقتضيها طبائع الأشياء . وهذا الشخص الظاهر لابد أن يكون مفوضاً من المؤلف نفسه فى مباشرة حقوقه ، إذ بدون تفويض لا يكون للشخص الظاهر صفة فى مباشرة هذه الحقوق . ويضع النص سالف الذكر قرينة قانونية تيسيراً للتعامل ، وهذه القرينة تقضى بأن ناشر المصنف يعتبر هو الشخص الظاهر الذى فوض له المؤلف مباشرة حقوقه . ولكن هذا الحكم غير مفروض على المؤلف . فله أن يفوض شخصاً آخر غير الناشر فى مباشرة حقوقه ويبقى الناشر مجرد ناشر . أما الذى يباشر حقوق المؤلف فهو الشخص الذى فوضه المؤلف فى ذلك .

وسواء كان الشخص الظاهر هو الناشر أو غيره ، فإن له أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . يباشر حقوقه الأدبية كأن يطالب بمنع أى اعتداء على المصنف ، ويجب أن يلتزم فى ذلك التوجيهات التى تصدر له من المؤلف. ويباشر حقوق المؤلف المالية ، كأن يتعاقد على نشر المصنف إذا لم يكن قد نشر . ويتعامل مع الناشر إذا لم يكن هو نفسه الناشر . ويبيع نسخ المصنف ويقبض الثمن . ويعيد نشر المصنف إلا إذا منعه المؤلف من ذلك ، ويأذن للغير فى تحويل المصنف أو فى تلخيصه أو فى ترجمته ، وبالجملة يباشر جميع حقوق المؤلف فى الاستغلال المالى إلا ما منعه منه المؤلف . ويجب عليه ، ككل وكيل مفوض ، أن يقدم حسابا عن كل ذلك إلى موكله ، فيؤدى له المبالغ التى قبضها ، وينقل له الحقوق التى كسبها ، ويعوضه عن الخسارة التى جشمها له بخطأه .

ويستثنى من ذلك الأمور الثلاثة الآتية : (١) ليس له أن يسحب المصنف إلا أن يفوضه المؤلف فى ذلك تفويضاً خاصا ، فإن سحب المصنف من حقوق المؤلف الأدبية الموكولة إلى محض تقديره الشخصى .(٢) وليس له أن يضع حدا لستر اسم المؤلف ، بأن يتنحى عن التفويض كاشفا اسم المؤلف الحقيقى ، إلا إذا أذنه المؤلف فى ذلك ، فإن هذا أمر هو أيضاً موكول لمحض تقدير المؤلف الشخصى ،فلايجوز للشخص الظاهر أن يباشره دون إذنه . ومع ذلك يستطيع الشخص الظاهر أن يتنحى عن التفويض فى الحدود التى يستطيع فيها الوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، ويكون ذلك بإرادته وحده دون حاجة إلى

الحصول على رضاء المؤلف ، ولكنه يبقى ساترا لاسم المؤلف لا يكشف عنه ، وللمؤلف بعد ذلك أن يختار بين الكشف عن شخصيته أو تفويض شخص ظاهر آخر يحل محل الشخص الظاهر الذى تنحى . (٣) كان مقتضى أن يعتبر الشخص الظاهر هو المؤلف يباشر حقوقه ، أن مدة الحماية تقاس على حياة الشخص الظاهر لا على حياة المؤلف مادام اسمه مستورا ، ولكن القانون لم يسر إلى هذا الحد فى اعتبار الشخص الظاهر هو المؤلف ، إذ نصت المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تبدأ مدة الحماية المبينة فى الفقرة الأولى من المادة السابقة بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة » . وفى هذا الحكم وقاية من عدم استقرار مدة الحماية ، فلو حسبنا المدة من تاريخ موت الشخص الظاهر فمن المحتمل أن يحل محل الشخص الظاهر شخص ظاهر غيره كما رأينا ، فتتغير مدة الحماية إذ تبدأ من تاريخ موت الشخص الظاهر الثانى ثم الثالث وهكذا . ولكن بفضل الحكم الوارد فى المادة ٢١ سالفة الذكر تستقر مدة الحماية ، فهى تبدأ من تاريخ نشر المصنف وتبقى سارية من هذا التاريخ مادام اسم المؤلف الحقيقى مستورا ولو تغير الشخص الظاهر . ولا تتغير مدة الحماية إلا فى حالة واحدة هى إذا كشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته ، فعند ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ موته .

١٩٤ — العهد الثانى — المؤلف كشف عن شخصيته : والمؤلف حر فى أن يكشف عن شخصيته فى أى وقت شاء ، فإن هذا الأمر موكول إلى محض تقديره الشخصى كما قدمنا . فإذا مات دون أن يكشف عن شخصيته ، لم يجز لورثته من بعده أن يتولوا هم من تلقاء أنفسهم الكشف عن شخصيته ما لم يكن قد أذن لهم فى ذلك قبل موته[1] . فإن لم يكن قد أذن فى ذلك ، وجب بقاء اسمه مستورا ، ويقدم الشخص الظاهر الحساب للورثة الذين حلوا محل المؤلف ، وتنتهى مدة الحماية بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق القول . وإن كان المؤلف قد أذن لورثته فى الكشف عن شخصيته بعد

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art, فقرة ١١٣ .

موته . وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية . ويختفى عندئذ الشخص الظاهر ويتولى الورثة حقوق المؤلف بأنفسهم مباشرة دون وسيط ، مع التزامهم باحترام حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر . ولا تنتهى مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موت المؤلف ، لا من وقت نشر المصنف.

ونفرض الآن أن المؤلف قد كشف عن شخصيته فى حال حياته ، فعند ذلك يختفى الشخص الظاهر ويصبح المؤلف الحقيقى معروفا ، فيتولى مباشرة جميع حقوقه الأدبية والمالية بنفسه ، ويجب عليه مع ذلك أن يحترم حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر قبل أن يكشف عن شخصيته . ولا تنتهى مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موته . وكانت قبل أن يكشف عن شخصيته تنتهى بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق القول .

المطلب الثالث

المصنفات التى يتعدد فيها المؤلف

١٩٥ — المصنف الجماعى : تنص المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخصى طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة . ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة من المؤلفين بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى فكرة صاحب التوجيه بحيث لايمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة . وصاحب حق المؤلف فى هذه المصنفات هو الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ونظم ابتكار المصنف ، فله وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » .

ويقابل هذا النص المادة ٢٧ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

ومثل المصنف الجماعى هو المعجم ودائرة المعـارف فهذه أعمال واسعة النطاق ، لا يقوم بها عادة شخص واحد . بل يشترك فى وضعها عدد كبير من المؤلفين . ويكونون جميعا تحت إدارة شخص واحد ، يضع خطة العمل ويشرف على تنفيذها . وليس من الضرورى أن يساهم فى التأليف ، فقد يقتصر على الإشراف والتنسيق والتصحيح والتوجيه . ويعتبر هو مؤلف المصنف الجماعى فى جميع الأحوال .

ويجب هنا أن نميز بين فرضين : فإما أن يكون عمل المشتركين فى التأليف قد اندمج فى الهدف العام بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حدة ويقع ذلك كثيراً فى المعاجم وقد يقع فى دوائر المعارف ، أو أن يكون عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة بل ويحمل فى بعض الأحيان توقيعه ويقع ذلك كثيراً فى دوائر المعارف ويقع غالبا فى المجلات والصحف .

ففى الفرض الأول — وهو الفرض الذى عرضت له المادة ٢٧ سالفة الذكر — لا يكون لأحد من المشتركين حق . ويعتبر الشخص الذى وجه العمل ونسقه ونظمه ووضع خطته هو المؤلف ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف المالية والأدبية . ويصح أن يكون هذا الشخص شخصا معنويا ، كجمعية أو شركة أو دائرة من دوائر الحكومة كمجمع اللغة العربية فى وضع المعاجم وكدار الكتب والجمعيات فى نشر المخطوطات وكوزارة التربية والتعليم فى الكتب المدرسية وكالدوائر الثقافية المختلفة فى وضع دوائر المعارف وغيرها من المصنفات الأدبية والعلمية . وكان الواجب فى هذه الحالة أن يكون المؤلف هو الشخص الطبيعى الذى أدار العمل ونسقه ونظمه ولو تعدد ، ويعتبر المؤلف قد نزل ، فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها ، عن حقوقه المالية فى المصنف للشخص المعنوى الذى عمل لحسابه[1] . ولكن نص المادة ٢٧ سالفة الذكر صريح فى أن المؤلف هو الشخص المعنوى ذاته . وأنه هو الذى يباشر جميع حقوق المؤلف المالية والأدبية . وهذه حالة يعتبر فيها الشخص المعنوى مؤلفا بنص صريح . وعلى خلاف القياس . وعلى ذلك تحسب مدة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٧ وتحديدها

الحماية خمسين سنة من تاريخ النشر . مادام المؤلف هو شخص معنوى عام أو خاص (م ٢٠/٣ من قانون حماية حق المؤلف) .

وفى الفرض الثانى ، إذا كان عمل كل من المشتركين متميزاً عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة ، يبقى الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى أدار العمل ، هنا أيضاً ، هو المؤلف للمصنف فى مجموعه . ولكن يثبت لكل من المشتركين ، مادام عمله متميزاً ، حق المؤلف على عمله . فله إذن أن يباشر جميع الحقوق الأدبية والمالية على هذا العمل وحده بشرط ألا ينافس المصنف الجماعى ، ويعتبر أنه قد نزل لمن أدار العمل عن حقوقه المالية على عمله باعتباره جزءاً من المصنف الجماعى لا باعتباره منفصلا على حدة . وذلك فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها[1] .

١٩٦ — المصنف المشترك — القاعدة العامة : تنص المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « إذا اشترك عدة أشخاص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين ، فإذا وقع خلاف بينهم يكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الابتدائية ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و٢٩ و٣٠ و٣٢ ، و٣٣ ، و٣٤ من هذا القانون . ولكل من المشتركين فى التأليف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » . وتنص المادة ٢٦ من نفس القانون على ما يأتى : « إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك . ما لم يتفق على غير ذلك[2] .

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « المصنفات المشتركة هى المصنفات التى يشترط فى تأليفها عدة أشخاص ، وهى نوعان : نوع يجمع بين إنتاج جميع المشتركين فى التأليف على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، وفى هذه الحالة يعتبرون جميعا أصحاب حق المؤلف على التساوى إلا إذا اتفق على غير ذلك . فلا يجوز مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف =

ونرى من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ولا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك . مثل ذلك شخصان يكتبان رواية واحدة أو كتابا أدبيا أو علميا ، أو يشتركان فى نحت تمثال أو رسم صورة أو وضع مسرحية أو لحن موسيقى ، ويكون اشتراكهما بحيث لا يتميز نصيب كل منهما فى العمل المشترك عن نصيب الآخر (١) . فى هذا الفرض يكون حق المؤلف لهما على الشيوع ، وتكون حصة كل منهما فى هذا الحق بالقدر الذى يتفقان عليه إذ هما يعلمان ما بذل كل منهما من جهد فى العمل المشترك ويستطيعان تقديره . فقد يتفقان

= إلا باتفاقهم جميعا . فإذا اختلفوا ، يرجع فى فض هذا الخلاف إلى المحكمة الابتدائية (م ٢٥) . وقد = بين جميع المشتركين فى التأليف بالنسبة لحق المؤلف لتعذر تحديد نصيب كل منهم فى استغلال المصنف ، بسبب استحالة فصله وتمييزه . وقد كفل الشق الأخير من المادة ٢٥ لجميع المشتركين فى التأليف حق رفع الدعاوى ، عند وقوع أى تعد على حق المؤلف الذى يملكونه على الشيوع فيما بينهم - أما النوع الآخر من المصنفات المشتركة فهى المصنفات التى يتميز فيها نصيب كل مشترك فى التأليف بسبب اختلاف أنواع الحقوق التى يساهم بها كل منهم فى المؤلف المشترك ، وفى هذه الحالة يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذى انفرد بوضعه ، على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٦) » .

وتطابق المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢٥ فى المشروع الجديد . أما المادة ٢٦ من المشروع الجديد فقد جاءت أكثر وضوحا من المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف إذ جرت على الوجه الآتى : « إذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم ، كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم فيه على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(١) والمهم فى تعريف الاشتراك فى تأليف المصنف أن تكون هناك فكرة مشتركة للمؤلفين يهتدون بها ، وليس من الضرورى أن يكون كل جزء من المصنف من عمل المشتركين فيه . ولكن يجب أن يساهم كل شريك فى التأليف مساهمة فعلية ، أما مجرد مراجعة المصنف وتهذيب بعض عباراته وإبداء الرأى فيه فلا يكفى لتحقق فكرة الاشتراك (ديبوا فقرة ١٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٠٩) - وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير المشاركة الذهنية فى التأليف من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام حكمه يقوم على أسباب سائغة ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى عن الطاعن اشتراكه فى تأليف الكتاب موضوع النزاع ، استناداً إلى أن الأدلة التى تقدم بها إنما هى تعليقات بخطه على أصل الكتاب أثبت الخبير المنتدب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلا بآخر ، وهى فى مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل فى الرأى جاء الكتاب نتيجته ، فإن هذا الذى أورده الحكم يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤ ص ٣٤) .

على أن يكون لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، أو أن يكون لكل منهما النصف . أو أن يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثة الأرباع ، وهكذا . فإذا لم يتفقا على شيء ، لم يبق إلا أن تحسب حصة كل منهما مساوية لحصة الآخر ، فيكون لكل منهما النصف . أما من حيث استعمال حقوق المؤلف الأدبية والماليه ، فهذا يترك لهما معا بالاتفاق فيما بينهما . فيتعاقدان معاً مع الناشر مثلا ، ويتصرفان معاً فى حقوق الاستغلال المالية للمصنف المشترك ، ويأذنان معاً لمن يشاءان فى ترجمة المصنف أو تحويله أو التعليق عليه وما إلى ذلك . وكذلك يتفقان معاً فى استعمال الحقوق الأدبية ، فيختاران معاً الوقت الذى ينشر فيه المصنف ، ويتفقان معاً على نسبته إليهما ، وعلى سحبه أو تعديله إذا كان هناك مقتض لذلك[1] . فإذا تعذر الاتفاق ، كان لأى منهما أن يرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية التى يكون فيها موطن الآخر ، ويطلب من المحكمة البت فى النزاع القائم بينهما فى أى شأن من الشؤون المتقدمة الذكر . وهناك حق من الحقوق الأدبية للمؤلف ، هو حق دفع الاعتداء عن المصنف ، يملكه كل منهما على انفراد دون حاجة لاشتراك الآخر معه ، إذ المصنف مشترك بينهما ولا يمكن لأحدهما أن يدفع الاعتداء عن حصته فى المصنف دون أن يدفع فى الوقت ذاته الاعتداء عن حصة الآخر . ويلاحظ ، مع كل ذلك ، الأحكام التى قدمناها فى شأن المصنف الجماعى (م ٢٧) ، وما سنورده من الأحكام فى شأن المصنفات الموسيقية الغنائية (م ٢٩) ، وفى شأن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى (م ٣٠) ، وفى شأن المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية وللتلفزيون (م ٣٢ – ٣٤) . ويلاحظ أخيراً أنه ليس لأحد من الشريكين أن ينفرد وحده – فيما عدا استعمال الحق فى دفع الاعتداء المتقدم الذكر – باستعمال أى حق من الحقوق المالية أو

---

(١) وقد يفوض أحدهما الآخر فى مباشرة هذه الحقوق بالوكالة عنه ، وذلك تيسيراً لاستغلال المصنف ، وقد يكون هذا التفويض ضمنيا يستخلص من الظروف . فيتصرف الوكيل المفوض فى حدود التفويض ، إلا إذا عزله شريكه عن الوكالة وأعلن ذلك العزل للغير الذى يتعامل معه الوكيل . ويجب فى جميع الأحوال أن يكون تصرف الوكيل متفقا مع المصلحة المشتركة للشريكين معاً ، وإلا خرج التصرف عن حدود التفويض (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٧٩ – فقرة ٣٨٠) .

الأدبية إلا إذا كان معه تفويض من الشريك الآخر . ولا محل لبحث ما إذا كان لكل شريك أن ينفرد باستغلال نصيبه فى المصنف المشترك ، إذ المفروض هنا أن نصيب كل منهما يتعذر فصله عن نصيب الآخر فلا يتسنى لصاحبه أن ينفرد باستغلاله .

(الفرض الثانى) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ويمكن تميز نصيب كل منهم فى العمل المشترك وفصله عن أنصبة الآخرين . مثل ذلك شخصان يشتركان فى وضع أغنية أحدهما يقوم بوضع كلماتها والآخر يقوم بتلحينها ، ومثل ذلك أيضاً أن يكتب شخصان كتابا فى التاريخ أو فى القانون أو فى الكيمياء أو فى الحساب ويختص أحدهما بكتابة فصول معينة من هذا الكتاب ويختص الآخر بكتابة الفصول الأخرى . ونرى من ذلك أنه ليس من الضرورى ، حتى يتيسر فصل نصيب كل من الشريكين ، أن يندرج هذا النصيب تحت نوع مختلف من الفن كما توحى بذلك خطأ نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه . بل يصح أن يكون نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن فصله عنه ، مع اندراج كل من النصيبين تحت لون واحد من الفن[1] . وسواء اندرج كل من النصيبين تحت لون مختلف من الفن أو اندرجا معاً تحت لون واحد ، فالمؤلف للمصنف المشترك هو الشريكان معاً ، ويكون لكل منهما حصته فى هذا المصنف بحسب الاتفاق أو بالتساوى إذا لم يوجد اتفاق بينهما . ويستعملان معاً حقوق المؤلف المالية والأدبية بالاتفاق فيما بينهما على النحو الذى بسطناه فى الفرض الأول . ولكل منهما منفرداً دفع الاعتداء عن المصنف ، كما هو الحكم فى الفرض الأول . ويلاحظ عدم الإخلال بأحكام المواد ٢٧ و٢٩ و٣٠ و٣٢ و٣٣ و٣٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام عند الكلام فى الفرض الأول . ويتميز الفرض الثانى عن الفرض الأول فيما يأتى : لما كان نصيب كل من الشريكين متميزاً عن نصيب الآخر ويمكن الفصل فيما بينهما ، فإنه يجوز لكل منهما منفرداً الحق فى استغلال نصيبه ،

---

(١) وقد رأينا أن المادة ٢٦ فى المشروع الجديد تقرر ذلك صراحة ، فجاءت أكثر وضوحا من نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف (انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، وذلك ما لم يتفق الطرفان على حرمان كل منهما من هذا الحق . وعلى ذلك يجوز ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، أن يستغل صاحب الكلمات فى الأغنية كلماته ، على ألا يعوق ذلك من انتشار الأغنية الملحنة ، ويجوز كذلك لكل من الشريكين أن ينشر فصلا أو أكثر من الفصول المعينة التى ساهم بها فى المصنف المشترك بشرط ألا يكون فى ذلك منافسة للمصنف المشترك(١) .

١٩٧ — صور خاصة من الاشتراك : بعد أن قرر قانون حماية حق المؤلف فى مادتيه ٢٥ و٢٦ القاعدة العامة فى المصنف المشترك ، أورد فى المواد ٢٩ إلى ٣٦ منه صوراً خاصة من الاشتراك وطبق عليها القاعدة العامة . وهذه الصور الخاصة هى :(١) مصنفات الموسيقى الغنائية .(٢) الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى . (٣) المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو للتلفزيون .(٤) الصور ومن تمثلهم هذه الصور ، ولا يوجد هنا مصنف مشترك ولكن يوجد شخص غير المؤلف تثبت له حقوق معينة . أما المصنفات الجماعية ، فقد مر بحثها(٢) .

ونقول كلمة موجزة فى كل صورة من هذه الصور الخاصة .

---

(١) ونرى من ذلك أن المصنف المشترك – فى كل من فرضيه – له نظام خاص : فهو من جهة لا يجوز استغلاله ولا اتخاذ قرار فى شأنه إلا باتفاق جميع الشركاء أو قضاء المحكمة ، وهو من جهة أخرى كما سنرى تحسب مدة حمايته من تاريخ موت آخر من بقى حيا من المشتركين (م ٢٠/٢ من قانون حماية حق المؤلف) وفى ذلك تأكيد لمعنى الاشتراك .

ومن ثم يجب التمييز بين الاشتراك فى مصنف (collaboration) ، والاقتباس من مصنف سابق (adaptation) بطريق الاشتقاق كالتحويل أو الترجمة ، إذ لكل من الحالتين نظامها الخاص . فى الاقتباس من مصنف سابق يستقل مؤلف المصنف السابق بمصنفه ، وتكون له بالإضافة إلى ذلك حقوق على المصنف المقتبس سبق بيانها (انظر آنفا فقرة ١٧٣ – فقرة ١٧٧) . وتحسب مدة حماية المصنف المقتبس من تاريخ موت مؤلفه ، لا من تاريخ موت من بقى حيا من المؤلفين . انظر فى ذلك نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٨١ داللوز ٨١ – ١ – ٣٢٩ – السين ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥–١–١٦١ – ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et. Art فقرة ١٢٧ – فقرة ١٢٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

١٩٨ — ١ . مصنفات الموسيقى الغنائية : تنص المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى حالة الاشتراك فى تأليف مصنفات الموسيقى الغنائية ، يكون لمؤلف الشطر الموسيقى وحـــده الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف كله أو بتنفيذه أو بنشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبى . ويكون لمؤلف الشطر الأدبى الحق فى نشر الشطر الخاص به وحده ، على أنه لا يجوز له التصرف فى هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقى آخر ، مالم يتفق على غير ذلك »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص ما يأتى : « المصنفات الموسيقية إما أن تكون موسيقى غنائية ، وإما أن تكون استعراضات أو مصنفات تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى . وقد عالج المشروع مصنفات الموسيقى الغنائية فى المادة ٢٩ ، والمقصود بها المصنفات التى يشترك فى تأليفها واضع الجزء الأدبى (أى الرواية أو المقطوعة) وواضع الموسيقى . ولما كان الشطر الموسيقى فى المصنفات الغنائية هو الشطر الأهم ، فقد نص المشروع على أن واضع هذا الشطر هو صاحب الحق فى تقرير نشر المصنف المشترك أوعرضه أو تنفيذه أو عمل نسخ منه . ولم يغفل حق مؤلف الشطر الأدبى ، فحفظ له حقه فى الأرباح فضلا عن حقه الأصلى فى نشر أوعمل نسخ من الشطر الأدبى وحده . على أنه لا يجوز له أن يتصرف فى هذا الشطر الأدبى ليكون أساسا لمصنف موسيقى آخر ، حتى لا يضار شريكه فى التأليف وهو واضع الشطر الموسيقى ، مالم يتفق على غير ذلك » .

ويبين من النص سالف الذكر أن مصنف الموسيقى الغنائية ، كالأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والأغانى الملحنة ، لها مؤلفان : مؤلف الشطر الموسيقى وهو الذى وضع ألحان الموسيقى ، ومؤلف الشطر الأدبى وهو الذى وضع الكلام الذى يغنى فى المسرحية أو فى الأغنية . أما المؤدى ، وهو الممثل الذى يغنى على المسرح أو المطرب الذى يؤدى الأغنية ، فليس مؤلفا ، ولا يعتبر شريكا لهذين المؤلفين فى المصنف الموسيقى الغنائى . وإنما يكون له حق أصيل مستقل فى تأديته للغناء ، فإذا أريد نشر المصنف الموسيقى الغنائى

(١) ويقابل النص المادة ٢٩ فى المشروع الجديد والنصان متطابقان .

تأديته هو بالذات وجب استئذانه ، وبالأخص يجب استئذانه فى عمل اسطوانات تسجل تأديته وفى إذاعة تأديته بالراديو وبالتلفزيون . ولكن ليس هناك ما يمنع ، كما سنرى ، مؤلف الشطر الموسيقى من أن يأذن لشخص آخر غير المؤدى الأول فى تأدية المصنف ، ولا يلزم لذلك أن يأذن المؤدى الأول إذ ليس له حق فى ذات المصنف وإنما حقه فى تأديته هو على ما بينا ،

فالمؤلف إذن للمصنف الموسيقى الغنائى ، كما قدمنا ، شخصان : مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبى . ومن بين هذين الشخصين ، مؤلف الشطر الموسيقى هو الذى يعتبر مؤلفا للشطر الأساسى من المصنف . ومن ثم لا تنطبق هنا القاعدة التى قدمناها فى المصنفات المشتركة من أنه يجب اتفاق المؤلفين معاً – مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبى – لاستعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية . بل يستقل مؤلف الشطر الموسيقى باستعمال هذه الحقوق ، فهو وحده الذى يقرر الوقت الذى ينشر فيه المصنف ، كما أنه هو الذى يقرر سحبه إذا كان هناك مقتض لذلك . وهو وحده الذى يرخص فى الأداء العلنى للمصنف كله ، لواحد أو أكثر ، إما عن طريق التأدية المباشرة أو طريق الإذاعة بالراديو أو التلفزيون ، كما يرخص فى تنفيذه أو فى نشره أو فى عمل نسخ منه ، كل هذا ما لم يكن قد نزل عن حقوقه فى ذلك لشخص آخر كالمؤدى مثلا .

أما حقوق مؤلف الشطر الأدبى فهى نوعان : حقه فى مجموع المصنف ذاته ، وحقه فى الشطر الأدبى وحده . فحقه فى مجموع المصنف ذاته هو حق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وحصته فى المصنف هى الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الشطر الموسيقى . فإذا لم يكن هناك اتفاق ، لم يكن له النصف كما يكون له فى المصنفات المشتركة فى القاعدة العامة ، إذ أن الشطر الموسيقى هو الشطر الأساسى كما قدمنا . ويبدو أنه عند النزاع ، يقدر القاضى (المحكمة الابتدائية) حصته وحصة مؤلف الشطر الموسيقى . فإذا تقررت حصة مؤلف الشطر الأدبى فى المصنف ، كان له أن يأخذ بقدرها فى كل استغلال مالى . ويبقى بعد ذلك حقه الخاص فى الشطر الأدبى ، فإن هذا الشطر متميز عن الشطر الموسيقى ويمكن فصله عنه . فيكون

له وحده الحق فى استغلاله ، والإذن فى نشره منفصلا ، بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره طبقا لما قررناه من القواعد فى المصنفات المشتركة . وله كذلك حق نسبة الشطر الأدبى إليه ، وحق دفع الاعتداء عنه . وهناك قيد على حقه أوردته العبارة الأخيرة من المادة ٢٩ سالفة الذكر على النحو الآتى : « على أنه لا يجوز له التصرف فى هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقى آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فما لم يكن هناك اتفاق على أنه يجوز لمؤلف الشطر الأدبى أن يدفع بالكلام الذى ألفه للحن آخر ليجعله أساسا لمصنف موسيقى آخر ، فإنه لا يجوز لمؤلف الشطر الأدبى أن يفعل ذلك دون إذن من مؤلف الشطر الموسيقى ، حتى لا يضار هذا الأخير فإن تلحين الكلام مرة أخرى بواسطة موسيقى آخر ينافس دون شك التلحين الأول . ولكن هل يجوز لمؤلف الشطر الموسيقى ، دون إذن مؤلف الشطر الأدبى ، أن يجعل أساسا لألحانه الموسيقية التى سبق له أن ألفها كلاما آخر يؤلفه هو أو يؤلفه له أى شخص آخر ؟ يبدو أنه يجوز له ذلك . فإن الألحان الموسيقية هى الشطر الأساسى كما سبق القول . فيكون لصاحبها أن يتخذ لها أساسا أى كلام يختاره .

١٩٩ — ٢ . الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى : تنص المادة ٣٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى المصنفات التى تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى وفى الاستعراضات المصحوبة بموسيقى وفى جميع المصنفات المشابهة ، يكون لمؤلف الشطر غير الموسيقى الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بعمل نسخ منه . ويكون لمؤلف الشطر الموسيقى حق التصرف فى الموسيقى وحدها ، بشرط ألا تستعمل فى مصنف يشابه المصنف المشترك . ما لم يتفق على غير ذلك »(١) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص : « وعرضت المادة ٣٠ لحكم المصنفات التى تنفذ بحركات ، وبعبارة أخرى المصنفات التى تكون وسيلتها فى التعبير حركات أو خطوات وما يماثلها مصحوبة بالموسيقى . ولما كان الشطر غير الموسيقى هو الأهم هنا ، فقد نص المشروع على أن واضع هذا الشطر هو

---

(١) ويقابل هذا النص المادة ٣٠ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان فى المعنى .

صاحب الحق فى تقرير نشر المصنف المشترك إلى آخر ما جاء بالمادة ، مع الاحتفاظ لمؤلف الشطر الموسيقى بحق التصرف فى الموسيقى وحدها ، وذلك بنفس القيد الوارد فى المادة السابقة ، أى بشرط ألا تستعمل الموسيقى فى مصنف مشابه للمصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

ويبين من النص سالف الذكر أن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى ، كالرقص والاستعراضات المسرحية وبعض الألعاب الرياضية ، لها مؤلفان : مؤلف الحركات أو الاستعراضات ومؤلف الموسيقى . ومن بين هذين الشخصين ، يعتبر مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو المؤلف للشطر الأساسى من المصنف ، وذلك خلافا لما رأيناه فى الموسيقى الغنائية من أن الموسيقى هى الشطر الأساسى . وينبنى على ذلك أن مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو الذى يتولى استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية على النحو الذى بسطناه فيما يتعلق بمصنفات الموسيقى الغنائية[1] .

أما حقوق مؤلف الموسيقى فهى هنا أيضاً نوعان : حقه فى مجموع المصنف وحقه فى الموسيقى وحدها . فحقه فى مجموع المصنف هو حق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وحصته هى الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات . فإن لم يكن هناك اتفاق ووقع نزاع ، حسمت المحكمة الابتدائية هذا النزاع على النحو الذى سبق أن قررناه فى شأن مصنفات الموسيقى الغنائية[2]. أما فيما يتعلق بحقه على الموسيقى وحدها، فذلك حق ينفرد باستغلاله وباستعمال سائر حقوق المؤلف بالنسبة إليه ، بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره . وله أيضاً حق نسبة الموسيقى إليه ، ودفع الاعتداء عنها . وهناك قيد على حقه مماثل القيد الذى أوردناه فى شأن حق مؤلف الكلام فى الموسيقى الغنائية ، وهو ألا يستعمل موسيقاه فى مصنف يشابه المصنف المشترك ، إلا إذا اتفق مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات على حقه فى هذا الاستعمال .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٨ .

٢٠٠ — ٣ • المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو للتلفزيون : تنص المادة ٣١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيونية : (أولا) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعى أو التلفزيون . (ثانيا) من قام بتحوير المصنف الأدبى الموجود بشكل يجعله ملائما للفن السينمائى . (ثالثا) مؤلف الحوار . (رابعا) واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصاً للمصنف السينمائى. (خامسا) المخرج إذا بسط رقابة فعليه وقام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى . وإذا كان المصنف السينمائى أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون مبسطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد » . وتنص المادة ٣٢ من نفس القانون على ما يأتى : « لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحوير المصنف الأدبى ولمؤلف الحوار والمخرج مجتمعين الحق فى عرض المصنف السينمائى أو المعد للإذاعة أو التلفزيون ، رغم معارضة واضع المصنف الأدبى الأصلى أو واضع الموسيقى ؛ وذلك مع عدم الإخلال بحقوق المعارض المدنية على الاشتراك فى التأليف . ولمؤلف الشطر الأدبى أو الشطر الموسيقى الحق فى نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، ما لم يتفق على غير ذلك » . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على ما يأتى : « يعتبر منتجا للمصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى الشخص الذى يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسئولية هذا التحقيق ، ويضع فى متناول مؤلفى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إخراجه . ويعتبر المنتج دائما ناشر المصنف السينمائى ، وتكون له كافة حقوق الناشر على الشريط وعلى نشره . ويكون المنتج طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون الإخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه[1] » .

---

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذه النصوص : « المصنفات السينمائية : عرض =

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للراديو وللتلفزيون هى مصنفات مشتركة ، ساهم فى صنعها أكثر من مؤلف واحد . فنبحث إذن (١) من يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون .(٢) حقوق المؤلف الثابتة لهؤلاء الشركاء .

٢٠١ – من يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى : تعد المادة ٣١ سالفة الذكر ستة نعتبرهم بحكم القانون شركاء ، فى تأليف المصنف السينمائى أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون . وإعداد المصنف السينمائى يقارب كثيراً إعداد المصنف المعد للإذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ، ففى جميع الأحوال يكون هناك مصنف أدبى (كمسرحية أوقصة أو فكرة تعد للبرنامج الإذاعى أو التلفزيونى) يعد لإذاعته عن طريق السينما أو الراديو أو التلفزيون ، وقد يكون هذا المصنف مستخرجا من مصنف أدبى آخر سابق عليه . ويبدأ الإعداد بتحوير المصنف الأدبى المراد إذاعته على نحو يجعله ملائما لأصول فن السينما أو الراديو أو التلفزيون . ثم يعد مؤلف السيناريو المناظر والفصول ويرتب الحوادث من واقع المصنف الذى يراد عرضه عن طريق السينما ، أو يكتب أحد المؤلفين الفكرة التى تراد إذاعتها عن طريق الراديو أو التلفزيون . ويضع مؤلف آخر أو نفس مؤلف السيناريو الحوار ، أى الكلام الذى يضعه على ألسنة الممثلين ، ويضع أحد الموسيقيين الألحان الموسيقية التى تتمشى مع المصنف السينمائى . وبعد إعداد ذلك كله ، يأتى

= لها المشروع فى المواد من ٣١ إلى ٣٤ . وقد حددت المادة ٣١ المشتركين فى تأليف المصنف السينمائى ، وحفظ المشروع حق عرض المصنف السينمائى للمخرج ولواضع السيناريو ولمؤلف الحوار ولمن قام بتحوير المصنف الأدبى مجتمعين ، وذلك رغم معارضة واضع المصنف الأدبى أو الأصلى أو واضع المصنف الموسيقى ، مع عدم الإخلال بحقوق المعارضين . وقد آثر المشروع الفريق الأول بحق عرض المصنف السينمائى لأهمية دوره فى وضع المصنف ، إذ يرجع إليه الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية فى عالم السينما . أما الفريق الآخر الذى يضم واضع الموسيقى وواضع القسم الأدبى الأصلى فى المصنف ، فإن دوره مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف .. ولما كان المنتج هو ناشر المصنف وهو الذى يحمل عبئه ومسئوليته من الناحية المالية . فقد اعتبره المشروع نائبا عن مؤلفى المصنف فيما يتعلق باستغلال الفيلم » .

وتقابل هذه النصوص فى المشروع الجديد المواد ٣١ و ٣٢ و ٣٤ : وهى مطابقة لنظيراتها فى المعنى وتكاد تكون مطابقة فى اللفظ .

المخرج ويوزع الأدوار على الممثلين ، ويحقق فى الأستوديو أو فى أى مكان آخر المناظر المختلفة والمشاهد الطبيعية وغير الطبيعية والديكور اللازم لإخراج المصنف . ويقوم الممثلون كل بدوره تحت رقابة فعلية من المخرج ، ويلتقط الفوتوغرافى صور الممثلين . وهم يقومون بأدوارهم وسط المناظر والمشاهد والديكورات التى حققها المخرج . وبعد أن يتم تصوير الفيلم على هذا النحو ، يأتى مركب الفيلم (monteur) ليقوم بعملية التركيب (montage) . فيستعرض أشرطة الفيلم ليقص منها المعيب وما كان منها طويلا أكثر من القدر المناسب وهذه هى عملية القص (découpage) ، وبالجملة يحقق للفيلم تنسيقه وتوازنه وطوله المناسب . وبعد أن يتم إنجاز الفيلم فى شكله النهائى ، تأتى عملية الترجمة أو الدوبلاج (doublage) ، فيقوم أحد المترجمين بترجمة المصنف من لغته الأصلية إلى لغة أو لغات أخرى حتى يصبح مفهوما من أبناء هذه اللغات حين عرضه عليهم .

ونستبعد ، بعد استعراض هذه العمليات العديدة المتعاقبة ، أشخاصا ثلاثة لا يعتبرون شركاء فى التأليف : (١) المصور الفوتوغرافى ، وكان يجوز اعتباره شريكا بمقدار ما يعترف للمصور الفوتوغرافى من حق المؤلف على الصور التى يلتقطها ، ولكن القانون هنا لا يعتبره شريكا ، فيقتصر إذن على تقاضى أجره .(٢) مركب الفيلم (monteur) ، وهو يقوم بعمل فى إعداد الفيلم لا يخلو من الابتكار ، وكان من حقه أن يكون شريكا ، ولكن القانون لم يذكره بين الشركاء ، فيقتصر هو أيضاً على تقاضى أجره[١] . (٣) المترجم أو القائم بعملية الدوبلاج ، وهذا لا يعتبر شريكا فى المصنف ، ووضعه هو وضع المقتبس عن طريق الترجمة ، فتكون له حقوق المترجم لا حقوق الشريك .

ويبقى بعد ذلك من يعتبرون شركاء فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى وهم : (١) من قام بتحوير المصنف الأدبى .(٢) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الإذاعى أو التلفزيونى. (٣) مؤلف الحوار . (٤) واضع الموسيقى . (٥) المخرج ، والمفروض أنه بسط رقابة فعلية وقام

---

(١) وفى فرنسا يعتبر مركب الفيلم شريكا فى المصنف السينمائى (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop Lit. et Art, فقرة ١٤٣ .

بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف ، أما إذا اقتصر عمله على اختيار الممثلين وتوزيع أدوارهم وغير ذلك من الأعمال الروتينية فلا يعتبر شريكا . (٦) مؤلف المصنف الأصلى الذى اقتبس منه المصنف الذى أعد للإخراج ، وكان ينبغى ألا يكون هذا شريكا فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى ، بل إن وضعه هو وضع صاحب المصنف الأصلى الذى يقتبس منه مصنف آخر ، فيكون له حكم آخر غير حكم الشريك ، وتطبق قواعد الاشتقاق (أى الاستئذان بمقابل) لا قواعد الاشتراك . ولكن المادة ٣١ سالفة الذكر جعلته فى الفقرة الأخيرة منها شريكا إمعانا فى توثيق صلته بالمصنف إذ قالت كما رأينا : « وإذا كان الصنف السينمائى أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . مبسطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد[1] » .

وكان الواجب أن يضاف إلى هذه القائمة الممثلون (interprètes) ، ولكن القانون لم يذكرهم ضمن الشركاء فى المصنف . ولاشك فى أن الممثلين قاموا بدور هام جدا فى إخراج المصنف ، وكان يجب اعتبارهم شركاء فيه ، فلولاهم لم يكن ليوجد الفيلم السينمائى[2] . وما داموا قد استبعدوا من أن يكونوا شركاء ، فإنهم يقتصرون على قبض أجورهم ، وقد تكون أجورا عالية . ولهم ، وبخاصة البارزون منهم ، أن يشترطوا نسبة مئوية معينة من الأرباح التى يغلها الفيلم ، ولكنهم يتقاضون هذه الأرباح لا باعتبارهم شركاء فى الفيلم ، بل باعتبارهم متنازلا إليهم عن هذه النسبة المئوية .

ويتولى تهيئة الوسائل المادية اللازمة لإنتاج المصنف ، ويتكفل بنفقات ذلك ، المنتج (producteur) . فهو ، على ماتقول الفقرة الأولى من المادة ٣٤ سالفة الذكر ، « الذى يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسئولية هذا التحقيق ، ويضع فى متناول مؤلفى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بإنتاج المصنف وتحقيق إخراجه » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبوا فقرة ١٩٦ – محمد على عرفة فقرة ٣٩٤ ص ٥٠٣ – للنعم فرج الصدة فقرة ٢١٢ ص ٣٠٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٤١ .

ولكنه ، على هذا النحو ، لم يقم بأى عمل ابتكارى فى إخراج المصنف ،ومهمته مقصورة على تقديم الوسائل المادية والمالية اللازمة لإخراج المصنف .وأهم عمل له هو تمويل المصنف وتحمل مسئولية خسارته ، فمن العدل إذن أن يجنى أرباحه . ومن ثم لا يعتبر المنتج شريكا فى المصنف[1] ، ولكن يعتبر أنه هو دائماً ناشر المصنف ، فتكون له جميع حقوق الناشر على الشريط وعلى نسخه (م ٢/٣٤ سالفة الذكر) . وسنرى أن الذى يقع عملا هو أن للشركاء فى المصنف ينزلون له عن حق الاستغلال المالى فى نظير مقابل يتقاضونه منه ، فيصبح هو وحده الذى له حق استغلال الفيلم . ولكن مدة الحماية تحسب من تاريخ موت آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء ، لا من تاريخ موت المنتج . ويترتب على أن يكون المنتج هو الناشر أنه يكون ، كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ سالفة الذكر ، « طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون إخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة ، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه » .

٢٠٢ — مقوق المؤلف الثابتة للشركاء فى المصنف السينمائى أو الإذاعى أو التلفزيونى : ميزت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفة الذكر فى الشركاء فى المصنف ، بين فريقين . الفريق الأول هم من قام بوضع المصنف الأدبى أو قام بتحويره ، ومؤلف السيناريو ، ومؤلف الحوار ، والمخرج . وللأعمال التى قام بها هؤلاء فى وضع المصنف — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أهمية خاصة ، إذ يرجع إليهم الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية ، والفريق الآخر هم واضع المصنف الأدبى الأصلى الذى اقتبس منه المصنف المحور ، وواضع الموسيقى . وهذان — كما تقول المذكرة الإيضاحية أيضاً — دورهما مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف . لذلك قضت المادة ٣٢ بأن يكون لأفراد الفريق الأول وحده ، مجتمعين ، الحق فى عرض المصنف السينمائى أو الإذاعى

(١) وفى فرنسا أيضاً لا يعتبر المنتج شريكا فى المصنف السينمائى (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٥) .

أو التلفزيونى ، ولو عارض فى ذلك أفراد الفريق الثانى ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق المعارض فى نصيبه فى استغلال المصنف وغير ذلك من الحقوق ؛ ا أفراد الفريق الأول شركاء لا يمكن فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين (فيما عدا مؤلف المصنف المحور) ، ومن ثم يجب اتفاقهم جميعا على استعمال حقوق المؤلف على النحو الذى بسطناه فى المصنفات المشتركة التى لا يمكن فصل الأنصبة فيها[1] . فإذا لم يتيسر الاتفاق ، حسمت المحكمة الابتدائية النزاع . وتحديد حصة كل منهم فى المصنف المشترك يكون بحسب الاتفاق ، والذى يقع أن المنتج يتولى هذا التحديد فى اتفاقه معهم على النزول له عن حق الاستغلال المالى . أما الفريق الآخر ، فمؤلف المصنف الأصلى وواضع الموسيقى شريكان فى مصنف مشترك يمكن فصل نصيب كل منهما فيه ، وكذلك من بين أفراد الفريق الأول نفرد مؤلف المصنف المحور فهذا أيضاً نصيبه فى المصنف المشترك يمكن فصله عن أنصبة الباقين . فيشارك هؤلاء أولا فى المصنف المشترك بالحصص التى يتفق عليها ، ثم ينفرد كل منهم باستغلال مصنفه – المصنف الأصلى والمصنف المحور والموسيقى – بطريقة أخرى غير السينما أو الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، مالم يشترط عليهم ألا حق لهم فى هذا الاستغلال (م ٢/٣٢ سالفة الذكر) ، وشأنهم فى ذلك شأن الشركاء فى مصنف مشترك يمكن فيه فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين[2] .

وفيما يتعلق بحق الاستغلال المالى بوجه خاص ، يقع عادة ، كما قدمنا ، أن يتفق كل هؤلاء الشركاء مع المنتج على النزول له عن هذا الحق فى نظير مقابل يعطيه لكل منهم ، وقد يتفق بعض منهم معه على نسبة مئوية من الأرباح يتقاضاها . وهذا الاتفاق بين الشركاء والمنتج هو الذى يحدد حصة كل شريك فى المصنف المشترك ، بحسب ما يتقاضاه من المقابل . ومن ثم يكون المنتج هو الناشر للمصنف المشترك كما قدمنا ، ويكون له حق الاستغلال المالى ، لا باعتباره شريكا فى المصنف ، بل باعتباره متنازلا له عن حق الاستغلال ؛ وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٦ .

أما الحق الأدبي على المصنف المشترك فيبقى للشركاء ، ولكن يرد عليه قيود ثلاثة :

(القيد الأول) الأصل أن كل شريك فى تأليف المصنف له الحق فى أن يطلب احترام ما قام به من عمل ، فلا تمتد إليه يد التغيير أو المسخ ، وله أن يعترض إذا وقع شيء من ذلك . غير أن أصول الفن ، وبخاصة الفن السينمائى ، لها مقتضيات . فتحويل رواية أو قصة أو مسرحية إلى فيلم سينمائى يقتضى تحويراً كبيراً يجب أن يراعيه كل شريك يساهم فى عمل الفيلم ، وهناك فروق فنية كثيرة بين أصول الفن المسرحي وأصول الفن السينمائى . والمفروض أن كل شريك قد رضى مقدما بأن يحور العمل الفنى الذى قام به تحويرا يجعله ملائما للاندماج فى مجموع العمل الفنى ، على النحو الذى تتطلبه أصول الفن السينمائى . وهذا قيد مفروض على الحق الأدبى لكل شريك فى ألا يمس عمله دون إذنه ، وحدود هذا القيد هى كما قدمنا ما تقتضيه أصول الفن والقدر المتعارف بين أهل المهنة . وليس هذا القيد إلا توفيقا بين مبدأين متعارضين ، فمن جهة لا يجوز أن يخضع الشريك لمحض تقدير المنتج فيغير هذا فى عمله كما يشاء ، ومن جهة أخرى لا يجوز للشريك أن يعطل بمحض تقديره هو إنجاز العمل الفنى المشترك ويجب عليه أن يقبل من التحوير فى عمله ما تقتضيه الأصول الفنية المتعارف عليها[1] . أما بعد إتمام عمل الفيلم نهائيا ، فإنه يجب احترام الحق الأدبى للشريك احتراما تاما ، فلا يجوز إدخال أى تعديل على عمله أو أى تحوير فيما أداه ، وشأن المنتج مع الشركاء فى ذلك هو شأن الناشر مع المؤلفين . ومن ثم لا يجوز للمنتج ولا لصاحب صالة العرض أن يقص من الشريط ما يقدر أنه غير مناسب لأذواق الجماهير أو أنه أطول مما يجب ، دون إذن من الشريك الذى وقع مساس بعمله من جراء هذا التصرف . ولكن لا يجوز لأى شريك أن يعارض فى تقديم الفيلم للمسابقة بدعوى أن الحكم فى المسابقة لا يوثق به ، مادامت المسابقة جدية ، وما دام الفيلم قد عرض فى المسابقة دون أى تغيير أو تحوير[2] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٨٤ – فقرة ٣٨٥ .

(٢) ديبوا فى أنسيكلوپيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٩٢ وفقرة ٣٩٤ .

(القيد الثانى) تنص المادة ٣٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :
« إذا امتنع أحد المشتركين فى تأليف مصنف سينمائى أو مصنف معد للإذاعة أو التلفزيون عن القيام بإتمام ما يخصه من العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى أنجزه ؛ وذلك مع عدم الإخلال بما للممتنع من حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف[1] » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد جاءت المادة ٣٣ بحكم تقتضيه أهمية المصنفات السينمائية وما ينفق فى سبيلها من نفقات باهظة ، قد تذهب هباء لمجرد عنت أحد المشتركين فى تأليف المصنف السينمائى عن إتمام ما يخصه فى العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى تم ، مع عدم الاخلال بما لمؤلف هذا الجزء من حقوق » . ونرى من ذلك أن هناك قيداً ثانيا على الحق الأدبى للشريك ، فإن هذا الحق يقتضى فى الأصل أن يكون للمؤلف حرية تقرير نشر مصنفه ، فإن اختار عدم نشره لم يجز نشره بالرغم من إرادته . وهنا نرى أن أحد الشركاء فى المصنف لم يتم العمل الذى وكل إليه ، كأن كان موسيقيا ووضع الموسيقى لبعض مناظر الفيلم دون الباقى ، وكأن كان مؤلف السيناريو وضع السيناريو لبعض أقسام المسرحية دون الأقسام الأخرى . والقواعد العامة تقضى ، فى مثل هذه الأحوال ، أن يكون من اشترك فى عمل الفيلم ولم ينجز عمله بخطأ منه مسئولا إما مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وعليه أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه . ولكن هل يجوز له ، بدعوى استعمال حقه الأدبى ، أن يعارض فى استعمال الجزء الذى أنجزه ؟ يقرر النص سالف الذكر ألا حق له فى المعارضة ، وعليه أن يسمح باستعمال الجزء الذى أنجزه فى نظير مقابل يتقاضاه مناسب لهذا الجزء ، وإلا كان مسيئا لاستعمال حقه الأدبى . ذلك أن العمل يكلف عادة نفقات باهظة ، فلا يجوز أن يعارض الشريك فى استعمال الجزء الذى أنجزه ، فيضيع على المنتج نفقات قد تكون باهظة دون جدوى ، ودون أن يوجد عند الشريك مبرر لذلك . فيأخذ المنتج إذن الجزء الذى تم — الموسيقى التى تم وضعها أو السيناريو الذى سبق عمله — ويكملها بوساطة شركاء آخرين يقومون بإتمام العمل الناقص .

---

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٢ فى المشروع الجديد .

والقيد الموضوع على الحق الأدبى هنا ، وهو إجبار الشريك على السماح باستعمال الجزء الذى أنجزه ، إنما هو مجرد تطبيق لمبدأ التعسف فى استعمال الحق ، إذ المفروض أنه لا يوجد لدى الشريك مبرر فى المعارضة فى استعمال هذا الجزء ، وليس فى المعارضة إلا إلحاق الأذى بالمنتج . ويلاحظ أن استعمال الجزء الذى أنجز هو واجب على الشريك لا حق له ، فإذا رأى المنتج أن هذا الجزء لا فائدة فيه فله ألا يستعمله ولا يستطيع الشريك أن يجبره على ذلك ، بل يكون هذا الشريك مسئولا عن التعويض على النحو الذى أسلفناه .

(القيد الثالث) تنص المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، وعلى مديرى هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وعلى هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتض »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد أباح المشروع للهيئات الرسمية المختصة إذاعة المصنفات عن طريق الإذاعة اللاسلكية ، وأوجب على مديرى المسارح أو أى مكان عام آخر تعرض فيه المصنفات تمكين هذه الهيئات من اتخاذ الوسائل التى تكفل إذاعتها . وليس المقصود من هذا النص إنكار حقوق التأليف ، بل تغليب الصالح العام ورعاية جانب الثقافة العامة . فقد حفظ للمؤلف حقه فى تعويض عادل نظير إذاعة مصنفاته بهذه الوسيلة ، كما أوجب النص على الهيئات الرسمية إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وتعويض مستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتض » . والقيد هنا وارد على الحق الأدبى للمؤلف فى ألا ينشر مصنفه إلا إذا أراد ذلك وفى المكان الذى يريده ، ووارد أيضاً على الحق المالى للمؤلف أو للناشر من عدم جواز نشر المصنف إلا بعد استئذان المؤلف أو الناشر . ويبرر وضع هذا القيد المصلحة العامة ، فقد تقتضى هذه المصلحة ، لأغراض التثقيف أو لغيرها من أغراض فنية ، إذاعة مصنف – فيلم سينمائى أو مسرحية

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٥ فى المشروع الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد قد أضاف لفظ « التلفزيون » .

أو أغنية أو غير ذلك من المصنفات — على الجمهور فى الإذاعة اللاسلكية . وقد يمتنع المؤلف أو الناشر عن السماح بذلك ، إما تعنتا أو شططا منه فى تقدير الأجر الذى يطلب تقاضيه . فالمصلحة العامة هنا تتغلب على المصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، وتبيح للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية أن تذيع المصنف دون إذن من المؤلف أو الناشر أو بالرغم من معارضتهما . ويجب على مديرى الأمكنة العامة التى يعرض فيها المصنف — مديرى المسارح وأصحاب صالات عرض الأفلام السينمائية ونحوهم — أن يمكنوا الهيئات الرسمية من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . وتوفيقا بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، يفرض القانون على الهيئات الرسمية عند استعمالها هذا الحق الاستثنائى التزامين : (١) دفع تعويض عادل ، يقدره القاضى عند الاختلاف ، للمؤلف أو خلفه أو الناشر ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف ، إذا كان لذلك مقتض ولم يؤل المصنف إلى الملك العام . (٢) إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وفى ذلك مراعاة لحق المؤلف الأدبى من وجوب نسبة مصنفه إليه .

٢٠٣ — ٤ . *الصور والذين تمثلهم هذه الصور* : وقد قدمنا[١] أنه لا يوجد هنا مصنف مشترك ، ولكن يوجد شخص غير المؤلف تثبت له على المصنف حقوق معينة . تنص المادة ٣٦ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يحق لمن قام بعمل صورة أن يعرض أو ينشر أو يوزع أصل الصورة أو نسخا منها دون إذن الأشخاص الذين قام بتصويرهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يسرى هذا الحكم إذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا ، أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام . ومع ذلك لا يجوز فى الحالة السابقة عرض صورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وللشخص الذى تمثله الصورة أن يأذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى ولو لم يسمح بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩٧ .

وتسرى هذه الأحكام على الصور أياً كانت الطريقة التى عملت بها ، من رسم أو حفر أو وسيلة أخرى »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص : « عرضت المادة ٣٦ لبيان الحكم فى حالة النزاع بين من قام بعمل الصورة والشخص الذى تمثله هذه الصورة بشأن عرض أو نشر أو توزيع أصل الصورة أو نسخ منها ، فقضت بأن صاحب الصورة هو وحده دون المصور صاحب الحق فى الإذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها ، وأن صاحب الصورة له الحق فى الإذن بالنشر حتى ولو لم يأذن بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . كما علقت حق المصور فى عرض ونشر وتوزيع الصورة أو نسخ منها على إذن الأشخاص الذين تمثلهم الصورة . واستثنت من هذا الحكم حالة نشر الصورة لمناسبة حوادث وقعت علانية ، أو إذا كانت لرجال رسميين أو ذوى شهرة عامة ، وكذلك إذا كانت السلطات العامة قد أذنت بنشر الصورة لغرض اقتضاه الصالح العام . على أنه لا يجوز فى هذه الأحوال عرض الصورة أو تداولها ، إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وسوت الفقرة الأخيرة من هذه المادة فى الحكم بين جميع الصور مهما اختلفت وسائلها ، من رسم أو حفر أو نحت أو غيرها » .

والأصل أن المصور له حق المؤلف على الصورة التى عملها ، سواء كان عمل الصورة عن طريق الفوتوغرافيا أو التصوير أو الرسم أو النحت (تمثال) أو الحفر أو غير ذلك من الوسائل ، وقد تقدم بيان ذلك[2] . ومقتضى أن له حق المؤلف أن يكون هو وحده الذى يحق له عرض الصورة أو نشرها أو توزيعها ، أصلا ونسخا . ولكن يقيد من هذا الحق ، إذا كانت الصورة لإنسان ، أن الصورة تمثل شخصاً قد تكون عنده أسباب وجيهة فى عدم نشر الصورة ، وهذه الأسباب متروكة لمحض تقديره . لذلك لا يجوز للمصور أن ينشر الصورة أو نسخا منها دون ترخيص من صاحب الصورة ، إما باتفاق سابق أو إذن لاحق[3] . على أنه يجوز للمصور أن ينشر الصورة دون ترخيص

---

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٦ فى المشروع الجديد .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٨ – فقرة ١٨٢ .

(٣) ويفرض فى الموديلات (النساء العرايا) الذين يجلسون للتصوير ويتقاضون أجراً على –

من صاحبها ، إذا كان النشر قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا كما إذا نشر صاحب الجريدة أو المجلة صورة محاضر فى مناسبة أنه ألقى محاضرة علنية . أو كانت الصورة تتعلق برجال رسميين ، كما إذا نشرت صورة رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء أو أحد رجال البرلمان أو غيرهم من الرجال الرسميين فى الصحف والمجلات فى مناسبة حادث وقع لهم أو عمل صدر منهم أو فى مناسبة خلتها الصحف بنفسه . أو كانت الصورة تتعلق بأشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، كما إذا نشرت الصحف والمجلات صورة عالم مشهور فى مناسبة اختراع كشفه أو كتاب نشره . أو سمحت بنشر الصورة السلطات العامة خدمة للصالح العام ، كما إذا نشرت الصحف بإذن من السلطات العامة صورة متهم مختف يطلب البحث عنه والقبض عليه . ويلاحظ أنه ، فيما عدا الفرض الأخير ، حيث تتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لا يجوز نشر الصورة بغير إذن صاحبها إذا ترتب على النشر مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره ، كما إذا نشرت الصحف خبر جريمة وقعت على العرض أو السمعة أو الوقار ونشرت فى الوقت ذاته صورة الشخص الذى وقعت عليه الجريمة .

أما صاحب الصورة نفسه فله أن يأذن فى نشرها فى الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى لو عارض المصور فى ذلك بحجة أنه هو وحده صاحب الحق فى النشر . ذلك أن هناك حقين على الصورة ، حق المصور (أى المؤلف) وحق صاحب الصورة . والحق الأخير يتغلب على الحق الأول ، ولذلك لا يجوز للمصور فى الأصل أن ينشر الصورة دون إذن صاحبها ، ويجوز لصاحب الصورة أن ينشرها دون إذن المصور . ومع ذلك يجوز للمصور أن يتفق مع صاحب الصورة على أنه لا يجوز نشر الصورة إلا بإذن من المصور ، أو على أنه يجوز لأى منهما نشر الصورة دون إذن الآخر .

= ذلك ، أنهم أذنوا مقدما فى نشر صورهم (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢١١ – فقرة ٢١٤) .

الفرع الثانى
حقوق المؤلف وطرق حمايتها

المبحث الأول
حقوق المؤلف

٢٠٤ — *الحق المالى والحق الأدبى* : تنص المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه ، وفى تعيين طريقة هذا النشر . وله وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « لم يعن المشروع كما سبق القول بتعريف الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، إلا أنه لم يغفل استظهار حق المؤلف الأدبى وحقه المادى على مصنفه . فبين أن للمؤلف دون سواه الحق فى تقرير نشر مصنفه وفى تحديد طريقة هذا النشر ... وحق المؤلف المادى أو المالى هو حقه فى استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال » ... وجاء فى صدر المذكرة الإيضاحية أيضاً ما يأتى : « ثم إن حق المؤلف يتناول ناحية أدبية بحتة ، تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام مصنفه فلا يجوز للغير أن يجرى فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير ، وذلك كله رغم النزول عن المصنف ، وهذا ما يعبر عنه بالحق الأدبى (droit moral) ، كما أن حق المؤلف يتناول أيضاً ناحية مادية إذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يدخل فى ذمته المالية ، وهو ما يعبر عنه بالحق المادى (droit pécuniaire) . لذلك قال البعض بأن للمؤلف حقين منفصلين مستقلين كلا منهما عن الآخر ، وتلك هى نظرية الازدواج (système dualiste) . وقد لاقت هذه النظرية نجاحا ، لأنها تبدو وسيلة لتفسير المظاهر

---

(١) يطابق هذا النص المادة ٥ فى المشروع الجديد .

المشتبكة لحق المؤلف . وقال البعض الآخر إن حق المؤلف لا يمكن أن ينقسم ، كما أنه لا يدخل فى ذمته المالية ، لأن مصدر الإيراد فى استغلال المصنف هو المصنف ذاته ، وهو مظهر شخصية المؤلف لا ينفصل عنها . وليس هذا الإيراد إلا كمثل أرباح السهم تدخل فى ذمة المؤلف المالية ، إلا أن حقه على الأرباح هو حقه على المصنف ذاته ، وتلك هى نظرية الوحدة (système unitaire) . ولما كانت نظرية الوحدة تربط حق المؤلف بشخصيته ، وتنزع عن هذا الحق صفة الاحتكار المادى وتغلب ناحيته الأدبية ، فإن الأخذ بهذه النظرية يفيد جمهرة المؤلفين ، ويضحى بمصلحة المتعاملين معهم وأحيانا بمصلحة الجماعه ، إذ يصبح من المتعذر إخضاع مثل هذا الحق وقد امتزج بشخصية صاحبه لاستيلاء الدولة مثلا. وقد روعى فى المشروع المطروح لهذه الاعتبارات عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وإن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها ، فحيث تعلو النظرية الفردية أو تفتر أو تتخذ الإنسانية مبادئ مغايرة فى تأسيس نظمها الاجتماعية وتنظيم علاقة الفرد بالمجتمع وتقدير أثر كل منهما على الآخر ، يميل المشروع أو يصدف عن مشايعة نظرية دون أخرى . ومع ذلك فقد عنى المشروع بإيراد حق المؤلف فى صوره المعنوية والأدبية وكذلك فى صوره المادية ، مراعيا فى كل ذلك اعتبارين أساسين لا يمكن إغفالها ، وهما حماية النشاط الفكرى للإنسان وتأمين مصلحة الدولة » .

ونرى مما تقدم أن هناك مذهبين فقهيين ، مذهب وحدة حق المؤلف ومذهب ازدواج هذا الحق .

أما أنصار مذهب وحدة حق المؤلف ، فيقولون إن الحق الأدبى والحق المالى للمؤلف ليسا حقين مستقلين أحدهما عن الآخر ، بل هما جانبان مختلفان من حق واحد . فليس للمؤلف إلا حق واحد على مصنفه ، هو الحق المستمد من صنعه إياه . وهذا الحق الواحد له جانب أدبى (moral) وجانب مالى (pécunisire, patrimoninl) ، وكل من الجانبين يؤثر فى الجانب الآخر ويتأثر به . وليس هذا الحق الواحد هو من حقوق الشخصية المحضة ، إذ هو منفصل عن شخص المؤلف ، ولا يظهر إلا حيث يتجسد فى شكل

معين من كتابة أو كلام أو رسم أو لحن أو غير ذلك : فينفصل عن شخص مؤلفه ويعد للنشر . فالمصنف إذن له ذاتية منفصلة عن ذاتية المؤلف ، وحق المؤلف محله هو هذا المصنف ذاته وليس ذاتية المؤلف. ولهذا الحق وجهان . فهو تارة تكون له قيمة مالية عند نشر المصنف ، فيكون للمؤلف وحده حق استغلاله والتعاقد مع أحد الناشرين على هذا الاستغلال أو استغلاله مباشرة بنفسه . وعند ذلك يصبح حق المؤلف حقوقا مالية ، ويصبح هذا الحق مع قيامه على محل غير مادى ذا قيمة مادية (droit pécuniaire, patrimonial) . وهو طوراً يتمثل حقاً على المصنف الذى هو نتاج فكر المؤلف ، فيكون للمؤلف حق دفع الاعتداء عن نتاج فكره ، بل إن له حق تعديله وحق سحبه ، وعندئذ يصبح الحق حقا أدبيا (droit moral) . فينتهى حق المؤلف إلى أن يكون حقا غير مادى وإن كان له جانب مالى ، نظيره فى ذلك حق ولاية الأب ، فإن هذا الحق أيضاً غير مادى وله جانب مالى هو حق الأب فى الانتفاع بمال ولده[1].

والصحيح أن مذهب ازدواج حق المؤلف هو المذهب الذى يتلاءم مع طبيعة الحق وتكييفه القانونى . فالقول بأن حق المؤلف حق واحد له جانبان فيه إغفال لحقيقة واضحة ، هى أن هذين الجانبين يختلفان أحدهما عن الآخر اختلافا جوهريا فى طبيعة كل منهما وفى الأحكام التى تسرى على كل جانب . فالجانب المالى من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته ، له طبيعته الخاصة . فهو ، كما قدمنا[2] ، حق عينى أصلى ، وهو مال منقول . أما الجانب الأدبى من حق المؤلف ، فهو ليس بحق عينى ، وليس بمال أصلا . بل هو حق من حقوق الشخصية ، مثله فى ذلك مثل حق الأبوة ، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه ، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه . ثم إن الحق المالى للمؤلف يختلف عن حقه الأدبى فى الأحكام التى تسرى على كل من الحقين . فالحق المالى يجوز النزول عنه ، وهو حق موقت ينقضى بعد مدة معينة من موت

---

(١) انظر من هذا الرأى پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٣٤٧٦ – Nast فى تعليقه على حكم محكمة باريس فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ – ١٨٦ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ ص ٣١٢ – ص ٣١٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٦ .

المؤلف . أما الحق الأدبي فعلى النقيض من ذلك حق لا يجوز النزول عنه . وهو حق دائم ينتقل بالميراث ويبقى حتى بعد انقضاء مدة الحماية التي منحها القانون للحق المالي . ففيم إذن القول بأن هذين الحقين اللذين يختلفان إلى هذا الحد ، في الطبيعة وفي الأحكام ، ليسا إلا جانبين لحق واحد ! وإذا كان لا بد من التشبيه بحقوق مناظرة ، فالحق المناظر لحق المؤلف ليس هو حق ولاية الأب كما يقول أنصار الوحدة ، بل هو حق الأبوة ، فقد قدمنا أن للمؤلف حق أبوة على مصنفه ، والمصنف في وضع يناظر تماما وضع الولد من أبيه . وكما أن حق الأبوة هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ويقترن به حق مادي يستقل عنه هو حق الإرث وحق النفقة ، كذلك الحق الأدبي للمؤلف هو من حقوق الشخصية ويقترن به حق مادي يستقل عنه هو حق الاستغلال المادي .

فنحن إذن ، للاعتبارات التي قدمناها ، من أنصار مذهب الازدواج واستقلال الحق المالي عن الحق الأدبي[1] . ولما كان الحق المالي للمؤلف هو الحق البارز في التعامل ، فنبدأ به . وهو حق يدوم طول حياة المؤلف ، ثم ينتقل إلى ورثته من بعده فيبقى في ذمتهم المالية مدة أخرى حددها القانون . فنعالج إذن مسائل ثلاثا : (١) الحق المالي في أثناء حياة المؤلف . (٢) الحق المالي بعد موت المؤلف . (٣) الحق الأدبي للمؤلف .

المطلب الأول

الحق المالي في أثناء حياة المؤلف

٢٠٥ — نطاق الحق المالي وجواز التصرف فيه : قدمنا[2] أن المادة

---

(١) انظر من هذا الرأي : نقض فرنسي ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ – ١ – ١٥ مع تعليق ليون كان – ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٥ مع تعليق كولان – ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٥ – ٢٨٥ مع تعليق ديبوا – وهيوا في أنسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥١ .

وانظر من هذا الرأي في الفقه المصري : شفيق شحاتة فقرة ١٦٢ – فقرة ١٦٣ – محمد علي عرفة فقرة ٣٧٥ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٩٠ (والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٦) – حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٦ ص ٦٤٩ وفقرة ٢٥٩ – إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٥٨ وص ٦٣ – منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية ص ٧٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٤ .

٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف تقضي بأن للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه[1] . وتنص المادة ٦ من نفس القانون على ما يأتي : « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولا) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعها في مكان عام . (ثانيا) نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي[2] » . وتقضي المادة ٣٧ من نفس القانون ، كما سنرى ، بأن للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المتقدمة الذكر .

ويتبين من ذلك أن نطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه ونشرها وهذا هو الغالب ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني . وللمؤلف

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق استغلال المصنف ماليا هو للمؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه . وللمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها ، وأن يحدد في هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه عنه من هذه الحقوق . ومقتضى ذلك أن المؤلف حر في أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء ، وفي أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص ، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدي أو وقع من غيره ، وذلك دون أن يعتبر سكوته في المرة الأولى مانعا له من مباشرة حقه في دفع الاعتداء في المرة الثانية مادام هذا الحق قائما ولما ينقض (نقض مدني ٧ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠ – وانظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ ص ٦٠٣) .

(٢) يطابق هذا النص المادة ٦ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ومطابقة تكاد تكون تامة في اللفظ .

أن يتصرف فى حقه المالى للغير ، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر .

فهناك مسائل ثلاث : (١) النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف (النقل غير المباشر للجمهور) . (٢) الأداء العلنى (النقل المباشر للجمهور). (٣) تصرف المؤلف فى حقه المالى .

§ ١– النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف
(النقل غير المباشر للجمهور)

٢٠٦ — **مضمون حق النشر** : للمؤلف حق نشر مصنفه ، بنفسه أو بواسطة غيره . وذلك عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر. ويكون ذلك بنسخ نماذج أو صور للمصنف تكون فى متناول الجمهور ، فيجوز لأى فرد أن يحصل على نسخة من المصنف ، بمقابل كما هى العادة أو بغير مقابل كما يقع أحيانا . ولا يجوز لغير المؤلف ، دون إذن كتابى من المؤلف – ويعطى الإذن عادة عن طريق عقد النشر – أن ينشر المصنف على هذا النحو .

وللنشر ، على الوجه الذى بسطناه ، وسائل مختلفة . وتتصل به رخص وإباحات لا تدخل فى مضمونه ، ومن ثم يجوز للغير ، ولو بدون إذن المؤلف ومن غير مقابل ، مباشرة هذه الرخص والإباحات . ويمتد حق النشر ، ليس فحسب إلى نسخ صور من المصنف مطابقة للأصل ، بل أيضاً إلى الاشتقاق من المصنف عن طريق الشرح والتعليق والتحوير والتحويل والترجمة وغير ذلك من طرق الاشتقاق .

فهناك مسائل ثلاث تتعلق بحق النشر : (١) الوسائل المختلفة للنشر . (٢) الرخص والإباحات التى لا تدخل فى مضمون حق النشر. (٣) مشتقات المصنف الأصلى التى تدخل فى مضمون حق النشر .

٢٠٧ — **الوسائل المختلفة للنشر** : تقول المادة ٦ (ثانيا) سالفة الذكر بأن النشر يكون بنقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة

أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى[1] . وواضح من العبارات المتقدمة أن الوسائل التى وردت فى النص ليست مذكورة على سبيل الحصر ، بل هى على سبيل التمثيل .

وأول وسيلة للنشر وردت فى النص هى طريق الطباعة . ذلك أن الطباعة هى الطريق العادى للنشر فى المصنفات الأدبية والعلمية ؛ بل إن اختراع المطبعة هو الذى هيأ لحق المؤلف فى الظهور كما سبق القول[2] . فبالطباعة يمكن إعداد عدد كبير من النسخ ، يصل إلى الألوف بل إلى مئات الألوف ، للمصنف الأدبى أو العلمى . ويستطيع المؤلف ، عن طريق بيع هذه النسخ للجمهور بنفسه أو بواسطة غيره (كناشر) ، أن يحصل على مبلغ من المال يمثل حقه المالى فى استغلال مصنفه . وإعداد نسخ من المصنف لا يشترط فيه حتما حتى يكون خاضعا لحق النشر أن يكون بطريق المطبعة ، بل يجوز أن يكون بطرق أخرى ، كالنسخ باليد والنسخ بالآلة الكاتبة ، والنسخ بطريق التصوير الفوتوغرافى والميكروفيلم ، والنسخ بطريق الاختزال (sténographie) ، والنسخ بطريقة Braille لمكفوفى النظر .

وإعداد نسخ من المصنفات الفنية ، كالصور والتماثيل والرسوم والزخارف ، يكون عادة بالطرق الأخرى التى وردت فى النص ، وهى الرسم والحفر والتصوير الفوتوغرافى والميكروفيلم والصب فى قوالب وأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة .

بقى طريقان ذكرهما النص ، وهما النشر السينمائى والنشر الفوتوغرافى . وهذان الطريقان يصلحان لنشر المصنفات المسرحية والروايات والقصص بعد تحويلها إلى مسرحيات فيما يتعلق بالنشر السينمائى ولنشر المصنفات الموسيقية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد : « وحق المؤلف المادى أو المالى هو حقه فى استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال ، ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر ... أما النقل غير المباشر ، فيتم عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى . ويسمى حق النقل غير المباشر حق عمل نماذج من المصنف » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٧ .

والمسرحيات الغنائية فيما يتعلق بالنشر الفوتوغرافى . وتسجيل الصوت فى الاسطوانات الفوتوغرافية هو بمثابة طبع نسخ من المصنف ، فيعتبر من قبيل النشر عن طريق نسخ صور من المصنف أى من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر ، لا من قبيل الأداء العلنى وهو نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر . ومثل التسجيل فى الأسطوانات الفوتوغرافية التقاط المناظر فى الأفلام السينمائية ، سواء كانت الأفلام صامتة أو ناطقة ، فكلا الطريقين هو من قبيل نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر .

يضاف إلى الطرق المتقدمة طريق لم يرد ذكره فى القانون بين طرق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر ، وهذا الطريق هو طريق التسجيل اللاسلكى (enregistrement radiophonigue) والتلفزيونى . وقد ذكر القانون ، كما رأينا ، الإذاعة اللاسلكية بين طرق الأداء العلنى المباشر ، ولكنه لم يذكر التسجيل اللاسلكى والتلفزيونى بين طرق النقل إلى الجمهور بطريق غير مباشر .

ويلاحظ أخيراً أنه يمكن القول بأن من حصل على نسخة من مصنف ، سواء حصل عليها من المؤلف أو من الناشر ، بمقابل أو بغير مقابل ، من غير أن تنتقل إليه حقوق النشر، لا يجوز له استعمال هذه النسخة إلا لمنفعته الشخصية ولمنفعة من يلوذ به من ذويه . فله أن يقرأ نسخة الكتاب التى اشتراها وأن يشاهد الفيلم الذى استأجره وأن يسمع الأسطوانة التى حصل عليها ، وله أن يعير الكتاب أو الفيلم أو الأسطوانة لبعض أصدقائه ، وأن يبيعها فيكون للمشترى نفس الحقوق التى للبائع . ولكن ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف أو الناشر لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه كما قدمنا ، فليس له أن يذيع الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلنى[1] ، ولا أن يعرض الفيلم على الجمهور فى صالة من صالات العرض[2] .

---

(١) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٢) ولكن هذا الحكم مختلف فيه ، فهنالك من يرى أنه حتى يحق للمؤلف أن يمنع مشترى الأسطوانة مثلا من إذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر – أى بائع الأسطوانة – يشترط ذلك صراحة على المشترى لمصلحة المؤلف ، فتجرى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير . أما أن يكون للمؤلف هذا الحق دون اشتراط ، فهذا يقتضى أن يكون للمؤلف حق لم ينص عليه القانون ، =

٢٠٨ — الرخص والإباحات التي لا تدخل في مضمون النشر : وقد أورد قانون حماية حق المؤلف سلسلة من الرخص والإباحات لا تدخل في مضمون حق النشر، فتجوز مباشرتها دون إذن المؤلف ودون مقابل، ونعرض لها على الترتيب الآتي : (أولا) النقل للاستعمال الشخصي . (ثانيا) النشر على سبيل الإخبار . (ثالثا) النقل لتأييد ماهو منشور أو للمناقشة والنقد[1].

٢٠٩ — أولا — النقل للاستعمال الشخصي : تنص المادة ١٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك»[2] . والمفروض هنا أن شخصاً استعار مثلا نسخة من مصنف أدبي أو علمي أو فني أو موسيقي ، ولما كان لا يريد أو لا يستطيع الحصول على هذه النسخة ملكا له ، فقد لجأ إلى نسخ صورة منها بأية طريقة من طرق النسخ — خط اليد أو الآلة الكاتبة أو الفوتوغرافيا أو التسجيل بالنسبة إلى الاسطوانات والأفلام أو غير ذلك — دون أن يقصد نشر ما نسخه إذ ليس له حق النشر دون إذن المؤلف . وإنما قصد استعمال النسخة التي نقلها استعمالا شخصيا ، فتحل محل النسخة التي استعارها بعد أن يرد هذه لصاحبها . وهذه رخصة أباحها القانون بنص صريح كما نرى ، إذ الناقل هنا لم يعتد على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة التي نقلها على الجمهور كما قدمنا ، وإنما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصي . وهو بعمله هذا لم يضيع على المؤلف أو الناشر إلا ثمن نسخة واحدة ، وهذه خسارة هينة إلى جنب ما للهيئة الاجتماعية من حق « في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا تحول

= وحقوق المؤلف محصورة فيما نص عليه القانون (انظر في هذه المسألة ديبوا في أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٣ ، ديبوا فقرة ٤٣٢ وما بعدها) .

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « جاء المشروع بقيود على حق المؤلف يمليها الصالح العام ، لأن للهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى » فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات » .

(٢) يطابق النص المادة ١٢ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ، ويكاد يكون مطابقا له في اللفظ .

دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار فى تكوين المؤلفات» (المذكرة الإيضاحية) . ويلاحظ أنه بالنسبة إلى المصنفات الفنية يكون مفهوم الاستعمال الشخصى أضيق منه فى المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية ، فغير مسموح دون إذن المؤلف أن ينقل الشخص نسخة من صورة أو تمثال إلا لغرض الدرس والبحث الفنى . أما إذا كان النسخ لغرض الحصول على نسخة من المصنف الفنى للاستمتاع بها والاستحواذ عليها كمصنف فنى يستعيض به عن الأصل الذى نقل عنه ، فهذا لا يجوز[١] .

وتنص المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه فى اجتماع عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى . ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق فى إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، مادام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى »[٢] . وظاهر أن استعمال المصنف فى اجتماعات خاصة كالتى أشار إليها النص ، أو فى الفرق الموسيقية التابعة للأشخاص العامة ، هو من قبيل الاستعمال الشخصى ، مع شىء من التوسع فى مفهوم هذا الاستعمال . فلا يستطيع المؤلف

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. etArt. فقره ١٨٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومن القيود الواردة على حق المؤلف ما نصت عليه المادة ١١ فقرة أولى من حق الغير فى إيقاع المصنفات أو تمثيلها أو إلقائها فى اجتماعات خاصة ، كالاجتماعات العائلية واجتماعات الجمعيات أو المنتديات أو المدارس ، دون تعويض للمؤلف . وكذلك ما نصت عليه المادة المذكورة فى فقرتها الثانية من حق فرق موسيقى القوات العسكرية ولما فى حكمها من الفرق النظامية التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى فى إيقاع المصنفات الموسيقية ، دون تعويض للمؤلف أيضاً ، مادام لا يحصل فى الحالتين رسم أو مقابل مالى من جمهور المستمعين » .

ويقابل النص المادة ١١ فى المشروع الجديد . والنصان متطابقان فى المعنى ، ويكادان يكونان متطابقين فى اللفظ . وذلك فيما عدا أن المشروع الجديد استثنى صراحة من فرق الموسيقى الرسمية « فرق الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون » فهذه لها حكم خاص نصت عليه المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه (انظر آنفا فقرة ٢٠٢ . وانظر كذلك المادة ٣٥ من المشروع الجديد) .

إذن ، بعد أن ينشر مصنفه ، أن يمنع من إيقاعه إذا كان مصنفا موسيقيا ، أو من تمثيله إذا كان مصنفا مسرحيا ، أو من إلقائه إذا كان مصنفا أدبيا شعراً كان أو نثراً ، إذا كان ذلك يقع فى اجتماعات خاصة لا يتقاضى فيها رسم أو مقابل ، وذلك كالاجتماعات العائلية أو الجمعيات الأدبية أو الرياضية أو النوادى الخاصة أو الحفلات المدرسية . ذلك أن هذه الاجتماعات الخاصة تخدم فى العادة الآداب والفنون والموسيقى ، ولا تتقاضى أجراً عن خدماتها ، فوجب تشجيعها بمنحها الحق فى أداء مصنف قد سبق نشره ، وذلك عن طريق الأداء العلنى بالإيقاع أو التمثيل أو الإلقاء . ويلاحظ أن الرخصة هنا تتناول الأداء العلنى دون النشر[1] .

ويلحق بالاجتماعات الخاصة ، وإن كان فى هذا أيضاً شىء من التوسع ، الفرق الموسيقية التابعة للقوات المسلحة ، والتابعة للدولة بوجه عام أو للأشخاص العامة الأخرى كالبلديات . فلهذه الفرق الموسيقية ، دون إذن المؤلف أو الناشر ودون مقابل ، إيقاع المصنفات الموسيقية المنشورة بشرط ألا تتقاضى رسما أو مقابلا عن ذلك . ويستثنى من هذه الفرق الموسيقية الهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية والتلفزيونية ، فهذه هيئات تحترف فيما تحترف إذاعة الموسيقى . ولذلك وجب أن تدفع أجراً للمؤلف أو الناشر عما تذيعه منها ، وأن تحصل على الإذن فى الإذاعة . ولكن فيما يتعلق بالمصنفات التى توقع أو تعرض فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، قلمنا أن المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف تجعل الحق لهذه الهيئات فى إذاعة هذه المصنفات ، ولو بغير موافقة المؤلف أو الناشر ، بشرط أن تدفع تعويضاً عادلا للمؤلف أو الناشر ولمستغل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا تلازم بين صفة المكان وصفة الاجتماع من حيث الخصوصية والعمومية ، إذ قد يقام حفل عام فى مكان خاص ، كما قد يحصل العكس فيؤجر مكان عام لعقد اجتماع خاص . وإذا كان ما سجله الحكم المطعون فيه من أن النادى كان يعلن عن حفلاته بنشرات عديدة فى الصحف اليومية ، ويذكر فيها أن الدخول مباح مقابل مبلغ يحدده كرسم دخول ، فإن هذه الوقائع تضفى على الحفلات صفة الاستغلال التجارى وتنأى به عن صفة الخصوصية . إذ يشترط لإضفاء هذا الوصف على الحفلات التى تحييها الجمعيات والمنتديات الخاصة أن يقتصر الحضور فيها على الأعضاء ومدعويهم ممن تربطهم بهم صلة وثيقة ، وأن تفرض رقابة على الدخول ، وأن تتجرد هذه الحفلات من قصد الكسب المادى مما يقتضى عدم تحصيل رسم أو مقابل مالى نظير مشاهدتها (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧) .

المكان الذى يذاع منه المصنف ، وبشرط أن تذيع اسم للمؤلف وعنوان المصنف ، وقد سبق تفصيل القول فى ذلك(١) .

٢١٠ — ثانيا — النشر على سبيل الإخبار : تنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجوز ، دون إذن المؤلف ، أن ينشر ويذاع ، على سبيل الإخبار ؛ الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلمية والأدبية الفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، ما دامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة إلى العامة . ويجوز أيضاً ، دون إذن منه ، نشر ما يلقى من مرافعات قضائية علنية فى حدود القانون » . وهنا يكون النشر عادة عن طريق الصحف والمجلات والنشرات الدورية والإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، وما إلى ذلك من طرق النشر المختلفة . وظاهر أن النشر إنما هو على سبيل الإخبار ، فالمقصود أن يطلع الجمهور على خطب ومحاضرات وأحاديث ألقيت علنا ، وهى تهم الجمهور لأنها ألقيت فى هيئات تشريعية أو إدارية أو فى اجتماعات أدبية أو اجتماعية أو فنية أو دينية أو سياسية . والصحافة ووسائل الإعلام الأخرى لا تقوم بمهمتها كاملة إذا هى أغفلت نشر هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث . ومن ثم وجب أن تمكن من ذلك ، بأن يباح لها النشر ، دون حاجة إلى إذن من ألقوا هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث ، ودون أن يتقاضى هؤلاء أى مقابل على ذلك ، وبحسبهم أن النشر يساعد على انتشار أفكارهم بين الجمهور . ويسرى هذا الحكم ، وللاعتبارات نفسها ، على المرافعات القضائية العلنية ، ما دام نشرها لا يخالف القانون .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « وأخيراً فقد أجازت المادة ١٥ نشر وإذاعة ما يلقى فى الجلسات العلنية لهيئات التشريعية أو الإدارية أو فى الاجتماعات العلمية ، والأدبية والفنية والسياسية والدينية ، من خطب أو محاضرات أو أحاديث ، ما دامت موجهة إلى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية فى حدود القانون ، وذلك كله دون إذن من المؤلف » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٥ . والنصان متطابقان تطابقا تاما فى المعنى ، وتطابقا يكاد يكون تاما فى اللفظ .

وتنص المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والدوريات الأخرى ، دون موافقة مؤلفيها . ولكن يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبسا أو مختصراً أو بيانا موجزاً عن المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، بغير إذن من مؤلفيها ، وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون . ويجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، ما دام لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ولا تشمل الحماية المقررة فى هذا القانون الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية . ويجب دائما ، فى حالة النقل أو نشر اقتباس أو غيره مما ذكر بالفقرات السابقة ، ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه »[1] . ويؤخذ من هذا النص أن هناك أشياء لا يجوز للصحيفة نقلها عن صحيفة أخرى إلا بإذن المؤلف ، وأشياء يجوز نقلها دون حاجة لإذن المؤلف . أما الأشياء التى لا يجوز نقلها إلا بإذن المؤلف ، فهى المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة . ذلك أن هذه الأشياء لا تحمل طابع الخبر اليومى وليست مما يشغل

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « ومن هذه القيود أيضاً حق الجرائد أو المجلات أو النشرات الدورية فى نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، مادام لم ينص صراحة على حظر النقل (م ١٤/٣) . ومن الطبيعى ألا تشمل الحماية أيضاً الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية (م ١٤/٤) ... ولم يغفل المشروع فى كافة هذه الصور رعاية الحق الأدبى للمؤلف ، فأوجب ذكر اسمه والمصدر الذى ينقل عنه على صورة واضحة ، كما حفظ للمؤلف حقه الخالص فى نشر مجموعات خطبه أو مقالاته (م ١٦) . وقد حرص المشروع ، رعاية لحق المؤلف ، على أن ينص على عدم جواز نقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى دون إذن المؤلف (م ١٤/١) » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٤ . والنصان متطابقان فى المعنى ويكادان يتطابقان فى اللفظ ، إلا أن المشروع الجديد قدم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ على الفقرة السابقة لها ، فجعل بذلك ذكر المصدر واسم المؤلف غير واجب فى نقل الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية .

الرأى العام فى وقت معين ، ويغلب أن تكون الصحيفة التى نشرتها قد دفعت للمؤلف مقابلا لها ، فلا يجوز لصحيفة أخرى أن تنقلها عنها دون استئذان ودون مقابل . وأما الأشياء التى يجوز نقلها دون إذن ودون مقابل ، فهى ما يأتى :(١) الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية ، فهذه أخبار تفقد أهميتها بمجرد نشرها فى أول صحيفة ، فإذا نقلتها صحيفة أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، لم يكن فى هذا ضرر يصيب الصحيفة الأولى ، بل فيه تنويه بشأنها[1]. (٢) المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، ما لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ذلك أن هذه المقالات تشغل الرأى العام ، فيهم الجمهور أن تنشر على أوسع نطاق حتى يطلع عليها . فإذا نقلتها صحيفة عن أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، فلا ضرر على الصحيفة الأخرى ، لا سيما أن القانون أعطى الصحيفة الأخرى الحق فى أن تحظر النقل صراحة إذا رأت ذلك فيمتنع عندئذ النقل . (٣) مقتبسات أو بيانات موجزة من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، سواء كانت منشورة فى صحف أو نشرات دورية أو كانت منشورة على حدة مستقلة بذاتها ، فهذه مجرد مقتبسات موجزة لا تغنى عن قراءة الأصل ، بل هى تحفز على قراءة الأصل إذ تعرف الجمهور بهذه المصنفات فتروج ويتسع نطاق نشرها . ويسرى هذا الحكم أيضاً على المصنفات الأجنبية ، إذا اقتبست الصحيفة منها بيانا موجزاً باللغة العربية ،

---

(١) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٨٧ – وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٠٢ – شفيق شحاته فقرة ١٦٦ ويقول : « وكذلك الأخبار والمعلومات العادية التى تنشرها الصحف لا تدخل فى عداد المؤلفات التى يحميها القانون ، فإنه لا يوجد هنا ابتكار أو خلق ، ولذلك تستطيع الجرائد الأخرى نقل هذه الأخبار بلا أدنى حرج . ولكن يلاحظ بالنسبة إلى البرقيات التى يبعث بها مراسلو الصحيفة فى عواصم البلاد أنه لا يجوز للصحف الأخرى نقلها إلا إذا مضى على نشرها فترة من الزمن بحيث تعتبر هذه البرقيات بعدها من المعلومات الشائعة » . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز لصحيفة مسائية أن تنشر البرقيات التى تلقتها صحيفة صباحية صدرت قبل الصحيفة المسائية . أما إذا نقلت جريدة صباحية عن جريدة مسائية صدرت قبلها فى اليوم السابق ، فإن الفترة التى تفصل بين صدور الجريدتين لا تعتبر كافية لذيوع الخبر . والفترة يجب أن تكون أطول من ذلك إذا كانت الصحيفة التى تنقل الخبر تصدر بلغة أخرى غير اللغة التى نشر بها الخبر لأول مرة (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٣٦٤ ص ١٤٢) .

حتى لو لم تمض مدة الخمس السنوات التى يترجم فى خلالها المصنف إلى اللغة العربية طبقا للمادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما سنرى . وفى هذه الصور الثلاث التى قدمناها والتى يجوز فيها النقل دون إذن المؤلف ، رأينا أن الحق الأدبى للمؤلف بقى مرعيا ، إذ يجب عند النقل ذكر اسم المؤلف والمصدر الذى ينقل عنه على وجه واضح .

وتنص المادة ١٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين (م ١٤ وم ١٥) ، يكون للمؤلف وحده الحق فى نشر مجموعات خطبه أومقالاته »[1] . وقد رأينا أن المادتين ١٤ و١٥ المشار إليهما تبيحان ، بشروط معينة ، نقل الخطب والمحاضرات والأحاديث والأخبار والمقالات والمقتبسات . وهذه الإباحة لا تعنى بطبيعة الحال أن تنشر الصحيفة مجموعات خطب المؤلف أو مقالاته ، فهذا النشر من حق المؤلف وحده ، ليس فحسب بالنسبة إلى الصحيفة التى نقلت الخطب والمقالات من صحيفة أخرى ، بل أيضاً بالنسبة إلى هذه الصحيفة الأخرى نفسها .

٢١١ — ثالثا — النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد : فى هذه الحالة الثالثة يختلف الغرض من النشر عنه فى الحالتين السابقتين . ففى الأولى كان النشر يستهدف استعمال المصنف استعمالا شخصياً أو استعمالا فى اجتماعات خاصة ، فكان المقصود بالنشر هو المصنف ذاته بغرض استعماله . وفى الحالة الثانية كان النشر يستهدف إعلام الناس بالمصنف ، فكان المقصود بالنشر هنا أيضاً هو المصنف ذاته بغرض الإخبار عنه . أما فى الحالة الثالثة التى نحن بصددها ، فالمقصود بالنشر ليس هو المصنف ذاته لاستعماله أو للإخبار عنه ، بل المقصود هو تقييم المصنف ، فإذا كان الناقل مقراً بعلو قيمته احتج به لتأييد ماينشره هو من قوله ، وإذا كان المصنف محلا للمناقشة نقده الناقل لإظهار مزاياه وعيوبه . .

ففى صورة الاحتجاج بالمصنف لتأييد ما ينشره الناقل من قوله ، تنص

---

(١) يقابل هذا النص فى المشروع الجديد المادة ١٦ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا

المادة ١٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى الكتب الدراسية وفى كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح : (ا) نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التى سبق نشرها .(ب) نقل المصنفات التى سبق نشرها فى الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية ، بشرط أن يقصر النقل على ما يلزم لتوضيح المكتوب . ويجب فى جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين »[1] . وأول ما يرد على البال من الكتب التى تنقل عن غيرها لتأييد ما ورد فيها هى الكتب المدرسية . فكثيراً ما يستمد واضعو هذه الكتب ما يكتبونه من المصنفات التى سبق نشرها فى الموضوعات التى تعرض لها هذه الكتب . ولا يجوز للناقل أن يورد مقتبسات طويلة من مصنف سبق نشره ، ولكن يجوز له ، تأييداً لما يذهب إليه فيما يكتبه ، نقل مقتطفات قصيرة يدعم بها ما يقول ، وذلك دون حاجة إلى الحصول على إذن المؤلف أو دفع مقابل له . وهذا هو الشأن أيضاً فى غير الكتب المدرسية من كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون والموسيقى وغير ذلك من ألوان المعرفة ، فيجوز فى كل هذا ، دون حاجة إلى إذن المؤلف ودون مقابل ، نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التى سبق نشرها على الوجه الذى بيناه .وفيما يتعلق بالمصنفات الفنية التى سبق نشرها ، يقع الاقتباس عادة بنقل جزء من المصنف ذاته ، رسما تخطيطيا كان أو رسما مجسما أو رسما فوتوغرافيا ، ويشترط أن يقتصر النقل على ما هو ضرورى لتوضيح ما قصد الناقل أن يوضحه مستنداً فى ذلك إلى المصنف المنقول عنه[2] . ولما كان المؤلف المنقول عنه فى الأحوال التى ذكرناها لا حاجة إلى استئذانه فى النقل ولا يتقاضى مقابلا كما قدمنا ، فلا أقل

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « كما أباحت المادة ١٧ نقل مقتطفات قصيرة من بعض المصنفات إلى الكتب المعدة للتعليم ومؤلفات النقد والتاريخ والمصنفات العلمية ، على أن يلتزم حد الاعتدال فيما ينقل » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٧ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٧ – وفيما يتعلق بفن المعمار يجوز ، دون إذن ، رسم أو تصوير المشيدات العامة القائمة فى الطرق العامة على مشهد من الجمهور .

من رعاية حقه الأدبى . ولذلك أوجب النص أن يذكر الناقل فى وضوح عند النقل المصدر الذى نقل عنه واسم المؤلف .

وفى صورة مناقشة المصنف ونقده ، تنص المادة ١٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز للمؤلف ، بعد نشر المصنف ، حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة ، إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار ، ما دامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إن كان معروفا »[1] . وهنا يقتصر الناقل على تحليلات أو اقتباسات قصيرة من مصنف سبق نشره ، ويكون القصد من النقل هو تقييم المصنف عن طريق مناقشته ونقده وإظهار مزاياه وعيوبه . وقد يكون القصد أيضاً الإخبار عن المصنف أو التثقيف ، ولكن هذا قد ورد فيما قدمناه[2] . ومن أجل ذلك ، وتيسيراً للنقد الأدبى والعلمى وهو ضرورى لتوثيق الثقافة ودعمها على أسس مستقرة ، أجيز للناقد ، توضيحا لنقده ، أن ينقل عن المصنف اقتباسات قصيرة بالقدر الذى يقتضيه التوضيح ، وذلك دون حاجة إلى استئذان المؤلف ودون مقابل . وبديهى أن الناقد ، وهو ينقل هذه الاقتباسات القصيرة ، سيشير حتما إلى المصنف المنقول عنه وإلى اسم المؤلف : مادام المصنف ومؤلفه هما موضوع النقد .

٢١٢ — مشتقات المصنف الأصلى التى تدخل فى مضمونه حق النشر : نص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه . وله وحده الحق فى ترجمته إلى لغة أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك ، أو أن يباشر صورة أخرى من الصور المنصوص عليها فى المادة الثالثة ، إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه » . وتنص المادة ٨ من نفس القانون على ما يأتى : « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه

---

(١) يقابل هذا النص فى المشروع الجديد المادة ١٣ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) انظر م ٢/١٤ وانظر آنفا فقرة ٢١٠ . وانظر م ١٥ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق شرحها فى الفقرة نفسها .

أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم »[1].

وقد قدمنا[2] أن هناك مصنفات مشتقة من المصنف الأصلى يحميها القانون كما يحمى المصنف الأصلى . ولكن القانون فى الوقت ذاته يحمى المصنف الأصلى من هذه المصنفات المشتقة إذا قام بعملها مؤلف آخر غير مؤلف المصنف الأصلى . ذلك أن اشتقاق مصنف من المصنف الأصلى هو من حق مؤلف المصنف الأصلى وحده ، ولا يجوز لغيره القيام به دون إذن كتابى منه . وصور الاشتقاق مذكورة فى المادتين ٣ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبق تفصيل ذلك[3] . ونقتصر هنا على أن نذكر أن أهم صور الاشتقاق هى جمع مختارات من المصنف الأصلى متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى[4] ، وإعادة إظهار المصنف الأصلى مع

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص المادة ٨ ما يأتى : « فقد نصت المادة الثامنة على انتهاء الحماية المقررة للمؤلف ولمن ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية بالنسبة لحقهما فى ترجمة المصنف إلى اللغة العربية ، إذا مضت خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم بنفسهما أو بواسطة غيرهما ترجمة المصنف إلى اللغة العربية . وفى هذا القيد الزمنى تغليب للصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة فى أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الإنسانى فى مختلف الأمم المختلفة الأخرى لمدة طويلة » .

ويقابل المادتان ٧ و ٨ من قانون حماية حق المؤلف المادتين ٧ و ٨ فى المشروع الجديد ، ولا خلاف بين هذه النصوص فى المعنى ، وإن وقع الخلاف فى اللفظ . فقد جرت المادة ٧ من المشروع الجديد على الوجه الآتى : « للمؤلف إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه ، وله ولمن يخلفه أن يعهد إلى غيره بأن يباشر ذلك أو أية صورة من الصور المنصوص عليها فى المادة ٣ . ويقع باطلا كل قيد على حقه فى التعديل أو التحوير » . وجرت المادة ٨ من المشروع الجديد على الوجه الآتى : « للمؤلف الحق فى ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يباشر ذلك إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه . ومع ذلك إذا كان المصنف موضوعا بلغة أجنبية ، فتنتهى حتما حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة هذا المصنف إلى اللغة العربية بمضى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم خلاله حقه فى الترجمة إلى اللغة العربية » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٣ وما بعدها .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٧٤ فى آخرها .

شرحه أو التعليق عليه أو بعد مراجعته وتنقيحه(١) ، وتلخيص المصنف الأصلى أو تحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم إلى لون آخر كتحويل الرواية أو القصة إلى مسرحية أو تحويل المسرحية إلى فيلم سينمائى(٢) ، وترجمة المصنف من لغته الأصلية إلى لغة أخرى(٣) .

فجميع هذه الصور من الاشتقاق هى من حق مؤلف المصنف الأصلى وحده كما قدمنا . وإذا أقدم عليها أحد غيره . وجب على هذا أن يحصل على إذن كتابى من مؤلف المصنف الأصلى . ويقع ذلك عادة فى صورة اتفاق قريب من عقد النشر ، وفى نظير مقابل يتقاضاه المؤلف الأصلى . فإذا ما أصبح حق الاشتقاق ثابتا لشخص غير المؤلف الأصلى على النحو الذى ذكرناه ، فإن هذا الشخص بعد أن يقوم بوضع المصنف المشتق : من مختارات أو شرح أو تعليق أو مراجعة أو تنقيح أو تلخيص أو تحويل أو ترجمة ، يكون له على هذا المصنف المشتق حقوق المؤلف بدوره . فلا يجوز لأحد نقله أو الاشتقاق منه دون أن يستأذنه هو وصاحب المصنف الأصلى معاً ، وقد تقدم بيان ذلك(٤) . ولما كانت ترجمة المصنف الأصلى هى اشتقاق من هذا المصنف كما قدمنا ، فإن الاشتقاق من هذا الاشتقاق ، أى ترجمة الترجمة ، يخضع هو أيضاً لإذن مؤلف المصنف الأصلى .

ونقف قليلا عند ترجمة المصنف الأصلى لأهميتها ، والترجمة نوع من أنواع الاشتقاق يحمي منها القانون ثم يحميها كما سبق القول . والذى يعنينا هنا هو حماية المصنف الأصلى من الترجمة ، فنقتصر على هذا الجانب . فإذا وضع مصنف باللغة العربية ، لم يجز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . وكذلك إذا وضع مصنف بلغة أجنبية ، لم يجز لأحد ترجمته إلى لغة أجنبية أخرى دون إذن المؤلف طوال مدة الحماية . أما ترجمته إلى اللغة العربية ، ففيه تفصيل . وترجمة المصنف الأصلى إلى اللغة العربية يكون إما بترجمته مباشرة وهو فى لغته الأصلية إلى اللغة العربية ، أو بترجمته بطريق غير

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٦ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٧٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٧٤ – ١٧٢ .

مباشر إذا كان المصنف الأصلى قد ترجم إلى لغة أجنبية أخرى ، فيعمد المترجم العربى إلى ترجمة هذه الترجمة . ويقع ذلك عادة إذا كان المترجم العربى لا يعرف اللغة الأجنبية الأصلية التى كتب بها المصنف الأصلى ، ويعرف اللغة الأجنبية الأخرى التى ترجم إليها المصنف. وفى الحالتين يحمى القانون المصنف الأصلى من الترجمة : يحمى مؤلف المصنف الأصلى كما يحمى من ترجم هذا المصنف الأصلى إلى لغة أجنبية أخرى . ولكن هذه الحماية لا تقوم طوال مدتها المقررة فى القانون إلا بعد استيفاء شرط هام ، هو أن يقوم المؤلف أو المترجم ، أو شخص آخر بإذنهما له فى ذلك ، بترجمة المصنف إلى اللغة العربية فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم (م ٨ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق ذكرها) . فعلى صاحب المصنف الأصلى ، وكذلك على مترجم المصنف الأصلى إلى لغة أجنبية أخرى ، إذا أراد أى منهما أن يحمى مصنفه أو يحمى ترجمته من الترجمة إلى اللغة العربية ، أن يقوم هو ، أو يقوم أحد غيره باتفاق معه ، بترجمة المصنف أو ترجمة الترجمة إلى اللغة العربية فى خلال المدة القصيرة التى سبق ذكرها (خمس سنوات) . فإذا فعل ذلك ، لم يجز لأحد أن يعيد ترجمة المصنف ، أو ترجمة الترجمة ، إلى اللغة العربية مرة أخرى إلا بعد استئذان كل من المؤلف الأصلى ومترجم المصنف إلى لغة أجنبية طوال مدة الحماية القانونية ، وهى خمسون سنة من وقت موت أى من المؤلف الأصلى والمترجم . ولا حاجة لاستئذان المترجم العربى الأول ، لأن ترجمته العربية لم تكن محل اعتبار المترجم العربى التالى له إلا إذا كان هذا قد انتحلها أو انتحل الكثير منها . أما إذا بقى المصنف الأصلى ، وكذلك ترجمته إلى اللغة الأجنبية الأخرى ، دون ترجمة إلى اللغة العربية مدة خمس السنوات السابق ذكرها ، فقد قدمنا أن ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته إلى اللغة العربية تصبح مباحة لأى مترجم عربى ، دون حاجة لاستئذان أحد ، ودون أى مقابل . وقد قصد بهذه الأحكام تيسير ترجمة المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية ، بل وحفز أصحاب هذه المصنفات الأجنبية إلى المبادرة إلى ترجمتها إلى اللغة العربية حتى تحمى حماية كاملة . فكثير من المصنفات الأجنبية يحتاج إليها القارىء العربى الذى لا يعرف لغة المصنف الأجنبية كما تحتاج المكتبة العربية بوجه عام إلى التزود من ثمار العقل البشرى فى الأمم المختلفة . وعلى هذا النحو تغلب المشرع المصرى

على مشكلة ترجمة المصنفات الأجنبية . وهي المشكلة التي وقفت عقبة مدة طويلة تحول دون صدور قانون حماية حق المؤلف[١] .

§ ٢ – الأداء العلني

(النقل المباشر للجمهور)

٢١٣ — ماهو الأداء العلني : قدمنا أن نطاق الحق المالي للمؤلف . كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بعمل نماذج أو نسخ من المصنف ونشرها . يتناول أيضاً نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني . وقد رأينا[٢] أن المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف تنص على أن « يتضمن حق المؤلف في الاستغلال : (أولا) نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة . وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما . أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما في مكان عام — (ثانيا) ... » . فنقل المصنف نقلا مباشراً إلى الجمهور عن طريق الأداء العلني من حق المؤلف وحده . ولا يجوز لأحد غيره مباشرته بغير إذن كتابي (م ٥/٢ من قانون حماية حق المؤلف) . وفي نظير مقابل يتقاضاه المؤلف من الغير أو بغير مقابل . ويستوي في ذلك أن يكون الأداء العلني ذاته بمقابل يتقاضاه الغير من الجمهور . أو بغير مقابل .

فنبحث إذن في الأداء العلني وسائل الأداء ونقف قليلا عند الأداء بطريق الراديو والتلفزيون . والأداء بطريق السينما والفونوغراف[٣] . ثم نبحث علنية الأداء ، ومجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور.

٢١٤ — وسائل الأداء : هذه الوسائل مذكورة . كما رأينا . على سبيل

---

(١) انظر فيما تقدم ما سبق بيانه آنفا فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٥ .

(٣) والفونوغراف غير وارد في النص ، ولكن ما ورد في النص غير مذكور على سبيل الحصر كما قدمنا .

التمثيل لا على سبيل الحصر ، فى المادة السادسة سالفة الذكر . فيكون نقل المصنف مباشرة إلى الجمهور عادة بطريق التلاوة العلنية للكلام . إذا كان المصنف من المصنفات الأدبية أو العلمية ، شعراً كان أو نثراً . ويكون بطريق التمثيل المسرحى ، للمسرحيات على اختلاف أنواعها . ويكون بطريق التوقيع الموسيقى للصوت . فى المصنفات الموسيقية . ويكون بطريق العرض العلنى ، للصور وغيرها من المصنفات الفنية . ويكون بواسطة الفانوس السحرى ، للمشاهد المختلفة . ويكون بواسطة السينما ، للمسرحيات والموسيقى وغير ذلك مما يذاع بطريق السينما . ويكون بواسطة الإذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، للكلام والموسيقى والمسرحيات وغير ذلك مما يذاع بهذين الطريقين ، حتى لو نقلت الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما فى مكان عام .

فنقل المصنف مباشرة إلى الجمهور يكون بالصوت البشرى أو بالآلة ، أما نقله إلى الجمهور بطريق غير مباشر فيكون بعمل نسخ منه ونشرها على الجمهور .

٢١٥ — الأداء بطريق الراديو والتلفزيون : يجوز أن يقع الأداء العلنى بطريق الراديو والتلفزيون ، ويجب عند ذلك استئذان المؤلف أو من انتقلت إليه حقوقه ، وله إذا أن يتقاضى أجراً فى مقابل ذلك .

ونحن هنا لانعرض للأشرطة المسجلة وإذاعتها بطريق الراديو والتلفزيون ، فإن تسجيل هذه الأشرطة يدخل فى مضمون حق النشر أى نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام فى ذلك(١) . وإنما نعرض هنا للأداء مباشرة عن طريق الراديو أو التلفزيون ، أى أن المؤدى يوجه تأديته للجمهور مباشرة (فى الهواء كما يقال) ، فتنقل تأديته فى الحال عن طريق أجهزة الراديو أو التلفزيون إلى المستمعين للراديو أو المشاهدين للتلفزيون .

وهذا الأداء المباشر للجمهور له أحوال ثلاث :

(الحالة الأولى) أن يقوم المؤدى بالتأدية فى الأستوديو ، وهو مكان

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ .

خاص مقفل لا علانية فيه . ولذلك لا يكون الأداء فى ذاته علنيا ، ولكن نقله إلى الجمهور عن طريق الأجهزة يصبح علنيا . وفى هذه الحالة [illegible] فحق المؤلف فى الأداء العلنى يتحقق هنا . لا بالأداء نفسه ، بل بنقله إلى الجمهور . ومن ثم يجب استئذانه . وله أن يتقاضى أجراً على ذلك .

(الحالة الثانية) أن يقوم المؤدى بالتأدية ، لا فى أستوديو مقفل لا علانية فيه . بل فى مكان عام يحتشد فيه الجمهور فيسمع ويرى . وفى الوقت نفسه ينتقل الأداء بطريق الأجهزة إلى جمهور آخر غير الجمهور الذى احتشد فى المكان العام الذى حصل فيه الأداء العلنى ، وهذا الجمهور الآخر هو الذى ، فى أماكنه الخاصة من منازل ومكاتب ونحوها ، يستمع إلى جهاز الراديو أو يشاهد لوحة التلفزيون . ويقع ذلك عادة عندما يقوم أحد المغنين بالغناء فى مكان عام يذهب إليه الجمهور لسماع الغناء ، أو عندما يقوم الممثلون بالتمثيل فى مسرح عام يذهب إليه الجمهور لمشاهدة التمثيل ، وفى الوقت الذى يقع فيه الغناء والتمثيل يذاع هذا وذاك عن طريق الراديو أو التلفزيون . بحيث ينتقل الغناء إلى عدد كبير من الناس يبقون فى أماكنهم الخاصة وكل منهم يستمع إلى الراديو أو يشاهد التلفزيون . وللمؤلف فى هذه الحالة حقان : حقه فى الأداء العلنى الذى وقع فى المكان العام واحتشد فيه الجمهور ، وحقه فى نقل الأداء العلنى بطريق الراديو أو التلفزيون إلى عدد كبير آخر من الناس غير الجمهور الذى احتشد فى المكان العام . ومن ثم يكون للمؤلف أن يأخذ أجراً عن كل من الحقين . وأن يجمع بين الأجرين .

(الحالة الثالثة) وهى كالحالة الثانية من حيث إن المؤدى يؤدى فى مكان عام يحتشد فيه الجمهور . ولكن هنا فى هذه الحالة الثالثة يوجد جمهور آخر احتشد فى مكان عام آخر ، قد يكون مقهى أو فندقا أو مطعما ، وضع فيه صاحبه مكبراً للصوت أو لوحة للتلفزيون لنقل الأداء وقت وقوعه فى المكان العام الأصلى إلى جمهور المحتشدين عنده فى مكانه هو . وذلك اجتذابا منه للعملاء . وفى هذا المعنى تقول المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا « ... أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما فى مكان عام » . والفرق بين الحالة الثانية والحالة الثالثة : هو أنه فى الحالة الثانية يوجد جمهور احتشد فى مكان عام

يسمع ويشاهد المؤدى ، ويوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد أفراد من الناس متفرقون فى أماكنهم الخاصة كل منهم يسمع ويشاهد عن طريق جهازه الخاص ، أما فى الحالة الثالثة فيوجد جمهور احتشد فى مكان عام يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد إلى جانب هذا الجمهور المحتشد جمهور آخر محتشد فى مكان عام آخر يسمع هو أيضاً ويشاهد المؤدى فى نفس الوقت . وعلى ذلك يكون للمؤلف فى الحالة الثالثة ، كما هو الأمر فى الحالة الثانية ، حقان : حق فى الأداء العلنى فى المكان العام الأصلى ، وحق فى الأداء العلنى فى الأماكن العامة الأخرى التى ينتقل إليها الأداء عن طريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون . وله أجر على كل من الحقين ، ويجمع بين الأجرين . بل يجوز أن تجتمع الحالة الثانية مع الحالة الثالثة : فيقوم المؤدى بالأداء فى مكان عام ، وينقل أداؤه فى الأماكن الخاصة على النحو الذى رأيناه فى الحالة الثانية ، وينقل فى الوقت ذاته الأداء إلى أماكن عامة أخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون على النحو الذى رأيناه فى الحالة الثالثة . وعند ذلك يكون للمؤلف أجور ثلاثة يجمع بينها : أجر فى الأداء العلنى فى المكان العام الأصلى، وأجر ثان فى الأداء العلنى المنقول إلى الأماكن الخاصة ، وأجر ثالث فى الأداء العلنى المنقول إلى الأماكن العامة الأخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون .

٢١٦ — الأداء بطريق السينما والفونوغراف : هنا أيضاً لا نعرض لأفلام السينما وأسطوانات الفونوغراف ، فالتقاط المشاهد عن طريق الأفلام « وتعبئة » الاسطوانات كل هذا يدخل فى مضمون حق النشر أى نقل المصنف بطريق غير مباشر إلى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام فى ذلك(١) . وإنما نعرض هنا للأداء العلنى المباشر عن طريق الأفلام السينمائية أو الأسطوانات الفونوغرافية .

لا شك فى أن من يشترى أو يستأجر فيلما سينمائيا لعرضه على الجمهور فى صالة العرض أى فى مكان عام ، يكون قد انتقل إليه حق الأداء العلنى فى المدة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ .

وفى المكان المتفق عليهما ، وذلك فى نظير المقابل الذى دفعه . ولكن إذا استأجر شخص فيلما سينمائيا لعرضه فى مكان عام معين أى صالة عرض معينة ، وطوال وقت معين ، فليس له أن يعرض الفيلم فى مكان آخر ، وليس له أن يجاوز فى عرضه الفيلم الوقت المحدد ، وإلا كان معتديا على حق المؤلف فى الأداء العلنى بطريق السينما ، لأنه فيما جاوز فيه المكان أو الزمان لم ينتقل إليه حق الأداء العلنى .

كذلك إذا اشترى شخص أسطوانة ، فله أن يستمع إليها فى منزله أو فى مكانه الخاص ، بل له أن يجعل غيره يستمع إليها بشرط أن يكون ذلك فى اجتماعات خاصة (الاجتماعات العائلية والجمعيات الخاصة والحفلات المدرسية: م ١١ من قانون حماية حق المؤلف)[١] . ولكن لا يجوز له ، دون إذن كتابى من المؤلف ، أن يسمع الأسطوانة جمهورا من الناس فى مكان عام ، فإن فى هذا اعتداء على حق المؤلف فى الأداء العلنى . وللمؤلف ، إذا أذن صاحب الأسطوانة فى هذا الأداء العلنى ، أن يتقاضى أجراً على ذلك[٢] .

٢١٧ — **علانية الأداء** : ولا يكفى أن يكون هناك أداء للمصنف ، بل يجب أن يكون هذا الأداء علنيا ، أى فى مكان عام يستطيع الجمهور دخوله ولو لقاء أجر معين. أما الأداء فى اجتماع عائلى أو فى اجتماعات خاصة لجمعيات أو منتديات خاصة أو حفلات مدرسية ، فقد قضت المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا[٣] ، بأنه لا يجوز للمؤلف أن يمنعه مادام صاحب الاجتماع لا يتقاضى فى نظير ذلك رسما أو مقابلا ماليا .

ولا عبرة بطبيعة المكان الذى يقع فيه الأداء . فقد ينقلب المكان الخاص إلى مكان عام إذا سمح للجمهور بالدخول فيه ، كما ينقلب المكان العام إلى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

(٢) وقد قدمنا أن هناك رأيا يذهب إلى أنه حق يحق للمؤلف أن يمنع مشترى الأسطوانة من إذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر – أى بائع الأسطوانة – يشترط ذلك صراحة على المشترى لمصلحة المؤلف ، فتجرى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير (انظر آنفا فقرة ٢٠٧ فى آخرها) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

مكان خاص إذا استأجره شخص لحفلة عائلية أو لاجتماع خاص[١] . فالعبرة إذن بطبيعة الاجتماع لا بطبيعة المكان ، فإذا كان الاجتماع عاما مباحا للجمهور كان الأداء فيه أداء علنيا ، وإذا كان اجتماعا خاصا فالأداء غير علني .

وفي فرنسا تتشدد محكمة النقض في تحديد معنى المنتديات والجمعيات الخاصة ، وتذهب إلى أنه مما يتناقض مع الصفة الخاصة للجمعية أو النادي أن يسمح لغير الأعضاء بحضور الحفلات التي تقام ، حتى لو كان هؤلاء الأشخاص من أقارب الأعضاء وأصدقائهم وقد وجهت إليهم دعوات خاصة ولم يدفعوا أي مقابل في نظير حضورهم الحفلات[٢] .

٢١٨ — مجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور : ويبقى الأداء علنيا متى وقع في مكان عام ، ومن ثم يكون خاضعا لحق المؤلف ، حتى لو كان الذين يحضرون الاجتماع لا يدفعون إلا مقابلا ضئيلا لا يكفي إلا لتغطية المصروفات ، أو كان المقابل الذي يدفعونه مخصصا للتبرع به لأعمال خيرية ، أو كان الحاضرون لا يدفعون أي مقابل . فمجانية الأداء بالنسبة إلى الجمهور لا تعفي من حق المؤلف ، والعبرة بعلانية الأداء في الخضوع لهذا الحق حتى لو كان الأداء مجانيا ، إذ لا يجوز التبرع على حساب المؤلف .

ولكن يلاحظ أن المؤلف يتساهل عادة في تقدير قيمة حقه ، إذا هو استوثق من مجانية الأداء للجمهور أو أن المقابل الذي يدفعه الجمهور قد خصص لبعض الأعمال الخيرية[٣] .

§ ٣ — تصرف المؤلف في حقه المالي

٢١٩ — جواز أن ينقل المؤلف حقه المالي إلى الغير : تنص المادة

---

(١) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧ — وانظر آنفا فقرة ٢٠٩ في الهامش .

(٢) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٢٦ (Bulletin. soc., auteurs, compositeurs, éditeurs musique) Bull. S.A.C.E.M. فقرة ٧٨ ص ٥٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ Bull. S.A.C.E.M. فقرة ٧٩ ص ٦٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٨ — ٥٧ .

(٣) انظر نقض فرنسي ٨ نوفبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١١٨ .

٣٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : «للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة ثانية) و٦ و٧ (فقرة ثانية) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه. وعلى المؤلف أن يمتنع عن أى عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه[1] » .

فللمؤلف إذن أن ينزل عن حقه المالى فى استغلال مصنفه ، بما يشتمل عليه مضمون هذا الحق المالى من الحق فى النشر وفى الاشتقاق من المصنف الأصلى وفى الأداء العلنى على الوجه الذى بيناه تفصيلا فيما تقدم ، إلى الغير ، بمقابل أو بغير مقابل . فإذا نزل عنه بمقابل هو مبلغ من النقود كان هذا بيعا لحقه المالى ، وإذا نزل عنه بغير مقابل كان هذا هبة . وللغير الذى تلقى الحق من المؤلف أن ينزل عنه بدوره لمن يشاء ، بمقابل أو بغير مقابل .

ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوبا ، والكتابة هنا ركن فى

---

(١) وقع خطأ مطبعى فى نص الفقرة الأولى من هذه المادة ، إذ أشير فى المادة ٥ إلى فقرة ٦ والصحيح أنها الفقرة الثانية ، وأشير فى المادة ٧ إلى فقرة أ والصحيح أنها الفقرة الثانية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص المادة ٣٧ : « نحا المشرع فى الفصل الثالث من الباب الثانى الذى عقده لبيان أحكام نقل حقوق المؤلفين نحوا يوفق بين مصالح المؤلفين والناشرين ، فأقام التوازن بين حقوق المؤلفين وحقوق من آل إليهم حق الاستغلال المالى للمؤلف . فبعد أن حفظت المادة الخامسة (فقرة ثانية) للمؤلف حقه الخالص فى استغلال مصنفه استغلالا ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، اعترفت له المادة ٣٧ بالحق فى نقل الحقوق المالية المنصوص عليها فى المواد الخامسة والسادسة والسابعة . وهذا الحق الأخير مما يقتضيه استغلال المصنف ، وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٧ لصحة التصرف فى الحق المالى أن يكون التعاقد بشأنه بالكتابة ، وأن يتضمن فى صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حدة ، مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه ، وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره ، وخاصة لكى لا توضع فى العقد نصوص إجمالية غامضة حفظ للمؤلف ... إزاء هذه الحقوق التى أقرها المشروع للمؤلفين لم يغفل حقوق الناشرين ، فأوجبت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ على المؤلف أن يمتنع عن أى عمل يترتب عليه تعطيل مباشرة الحق محل التصرف .. » .

ويطابق النص فى المشروع الجديد المادة ٣٨ مطابقة تامة من حيث المعنى ، ومطابقة تكاد تكون تامة من حيث اللفظ .

الانعقاد لا مجرد وسيلة للإثبات . وذلك ما لم يكن التصرف هبة مباشرة ، فيجب أن تفرغ فى ورقة رسمية وفقا لأحكام الهبة . ويجب أن يحدد فى العقد ، فى صراحة وبالتفصيل ، كل حق نزل عنه المؤلف للغير ، مع بيان مدى الحق المنقول للغير ، والغرض منه ، ومدة الاستغلال إذا كانت لا تستغرق مدة الحماية المقررة فى القانون ، ومكان الاستغلال إذا كان مقصوراً على بلد دون آخر . وكل ذلك حتى لا تجىء عبارات التصرف عامة مجملة ، فيقع فيها من الإبهام والغموض ما يضر بالمؤلف . والنزول عن حق لا يستتبع النزول عن حق آخر ، ولذلك وجب التفصيل الذى تقدم بيانه . فنزول المؤلف عن حقه فى النشر لا يستفاد منه نزوله عن حقه فى الاشتقاق . أو عن حقه فى الأداء العلنى . ونزوله عن تحويل مصنفه إلى مسرحية لا يستفاد منه نزوله عن تحويله إلى فيلم سينمائى . ونزوله عن حق ترجمته إلى لغة معينة لا يستفاد منه نزوله عن ترجمته إلى لغة أخرى غير اللغة المتفق عليها . وهكذا .

ويلتزم المؤلف بضمان التعرض ، فلا يجوز له أن يأتى عملا يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه . ومن ثم لا يجوز للمؤلف ، بعد أن تصرف فى حقه ، أن يقوم بعمل شخصى يتعارض مع حق المتصرف له فى استغلال المصنف ، بأن ينشره مثلا بنفسه أو بواسطة غيره . وإلا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض إن كان له محل . ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن المتصرف له ادعاء الغير أن المصنف مسروق كله أو بعضه ، أو أنه يتضمن قذفا أو انتهاكا لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسئولية . فإذا لم يستطع المؤلف دفع اعتداء الغير ، كان للمتصرف له أن يرجع عليه بالضمان وفقا للقواعد المقررة فى المسئولية العقدية .

وقد يستعمل المؤلف حقه فى نشر مصنفه أو حقه فى الأداء العلنى عن طريق عقد النشر أو عن طريق عقد العرض المسرحى . ونبين فى إيجاز ، فيما يلى ، الفرق بين كل من عقد النشر وعقد العرض المسرحى وبين ما نحن بصدده فى حق المؤلف المالى فى استغلال مصنفه .

٢٢٠ — *عقد النشر* : عرضنا لعقد النشر فى الجزء السابع من الوسيط ،

كصورة خاصة من صور عقد المقاولة[١] . ونقتصر هنا على بيان الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف فى حقه المالى .

يلجأ المؤلف عادة ، بدلا من التصرف فى حقه المالى ، إلى عقد النشر ، إذ هو العقد الذى يستعمل بواسطته استعمالا مألوفا حقه فى نشر مصنفه . والناشر لا ينتقل إليه الحق المالى للمؤلف ، كما ينتقل هذا الحق إلى المتصرف له فى حالة التصرف . وكل ما ينتقل إلى الناشر ، فى أقصى صورة من صور عقد النشر ، هو حق استغلال المصنف لعدد من الطبعات غير معين ولمدة غير معينة . فإذا لم يقم الناشر بإعادة طبع الكتاب فى مدة معقولة بعد نفاد نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه فى استغلال الكتاب . وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر[٢]. وقد يقتصر المؤلف فى عقد النشر على أن يبيع للناشر طبعة معينة من المصنف ، ويحدد بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكا له ويبيعها لحسابه ، ويدفع فى مقابل ذلك للمؤلف مبلغا معينا ، دفعة واحدة أو على عدة دفعات . وقد يحتفظ المؤلف ، فى عقد النشر ، بحقه فى استغلال مصنفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته ، فتكون النسخ بعد طبعها ملكا له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد مقاولة ، والناشر هو المقاول ورب العمل هو المؤلف . ويتقاضى الناشر فى مقابل ذلك أجراً من المؤلف ، ويغلب أن يكون هذا الأجر هو نسبة معينة من ثمن كل نسخة يبيعها . وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتفق عليه ، ويرد الباقى للمؤلف[٣] .

ومهما اختلفت صور عقد النشر ، فإن الناشر يكون دائما ملتزما بنشر كتاب ، أى ببيع نسخه للجمهور ، فإن لم يفعل كان مخلا بالتزامه ، وكان

---

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٨٢ – فقرة ١٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٨ – الوسيط ٧ ص ٣٢٧ هامش ١ – انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين هذه الصورة من صور عقد النشر وبين التصرف فى حق الاستغلال المالى : Rault فى عقد النشر فى القانون الفرنسى رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط ٧ فقرة ١٨٢ .

مسئولا أمام المؤلف . ويستبقى المؤلف دائما ، فى عقد النشر ، حقه الأصلى فى استغلال مصنفه ، وعلى أساس هذا الحق يلزم الناشر بنشر الكتاب حتى يتمكن المؤلف من مباشرة حقه فى الاستغلال .

أما إذا تصرف المؤلف فى حقه المالى فى الاستغلال ، فإن هذا الحق نفسه ينتقل منه إلى المتصرف له ، ويصبح هذا الأخير هو صاحب الحق فى الاستغلال . ويستطيع أن يباشر هذا الحق ، كما يستطيع ألا يباشره فلا ينشر الكتاب ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالنشر كما يستطيع إلزام الناشر فيما رأيناه . ونرى من ذلك أنه فى حالة التصرف يحل المتصرف له محل المؤلف فى جميع حقوقه المالية المتصرف فيها بصفة دائمة ، أى طول مدة الحماية غالبا ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين . أما فى حالة عقد النشر ، فلا يحل الناشر محل المؤلف فى حقوقه ، ويكون الناشر ملتزما بنشر الكتاب طبقا لشروط عقد النشر . وللمدة المحددة فى هذا العقد ، وللطبعة أو الطبعات المبينة فيه . ويمكن أن نتصور أن المؤلف يتصرف فى حقه المالى للناشر نفسه ، وفى هذه الحالة تنتقل إلى الناشر حقوق المؤلف بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالبا ، بموجب عقد بيع لا بموجبه عقد نشر . وعند ذلك ينشر الناشر الكتاب ، لا باعتباره ناشراً ، بل باعتباره صاحب حقوق المؤلف ، ويكون فى وضع المؤلف عندما ينشر هذا مصنفه بنفسه . بل يجوز أيضاً للناشر فى هذه الحالة أن يعهد إلى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المصنف الذى اشترى حقوق التأليف فيه[1] .

٢٢١ — عقد العرض المسرحى : وقد عرضنا أيضاً لعقد العرض المسرحى فى الجزء السابع من الوسيط[2] . والفرق بينه وبين تصرف المؤلف فى حقه فى الأداء العلنى لمصنفه هو نفس الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف فى حقه فى النشر . فالقائم بالعرض كالناشر يكون ملزما دائما بعرض المصنف على الجمهور ، فيما إذا لجأ مؤلف المسرحية أو منتج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحن القطعة الغنائية إلى عرض مصنفه

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٧ ص ٣٢٧ هامش ١

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٤ — فقرة ١٩٦

بواسطة الأداء العلنى عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون . أما المتصرف له فى حق الأداء العلنى فليس ملزما بالعرض ، ويحل محل المؤلف فى حقه ، إن شاء عرض المصنف وإن شاء لم يعرضه ، وفى حالة عدم العرض لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالعرض . ويكون له حق العرض بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالبا . بخلاف القائم بالعرض فليس له أن يعرض المصنف إلا فى المرة أو المرات أو المدة التى حددها عقد العرض المسرحى .

والذى يقع فى العمل هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعته الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو إدارة الإذاعة ، ويتقاضى أجراً معينا ، قد يكون مبلغا إجماليا وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد . وقد يدق التمييز فى هذه الحالة بين ما إذا كان العقد هو تصرف فى حق الأداء العلنى أو هو مجرد عقد للقيام بالعرض ، لذلك جرى العمل على تسمية العقد فى كلا الفرضين بعقد العرض المسرحى دون تمييز بين فرض وآخر[1] .

٢٢٢ — طرق تقدير المقابل لحق المؤلف المالى : وسواء كان العقد هو تصرف فى حق المؤلف المالى على النحو الذى قدمناه ، أو هو عقد نشر أو عرض مسرحى ، فإن المقابل الذى يتقاضاه المؤلف فى جميع هذه الفروض يجوز أن يكون مقدراً جزافا بمبلغ إجمالى ، كما يجوز أن يكون نسبة مئوية من الإيراد . وتنص المادة ٣٩ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « تصرف المؤلف فى حقوقه فى المصنف ، سواء كان كاملا أو جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية »[2] .

فإذا نزل المؤلف للمتصرف له أو للناشر عن حقوقه فى التأليف نزولا غير محدد ، فإن العقد يكون بيعا كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف . ويجوز أن يكون هذا الثمن مبلغا محدد جزافا ويتقاضاه المؤلف دفعة واحدة أو على أقساط أو فى ميعاد كل طبعة من طبعات المصنف ، كما

---

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٤ .

(٢) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ٤٠/١ . والنصان متطابقان فى المعنى ، ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

يجوز أن يكون الثمن محدداً بنسبة عدد نسخ المصنف وثمن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من النسخ . وإذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من طبعات المصنف ، فإنه يتفق معه عادة على عدد نسخ هذه الطبعة . ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمنا قد يكون مبلغا محدداً جزافا يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة . وقد يكون نسبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلا[1] . وفى عقد العرض المسرحى يلتزم العارض بأن يؤدى للمؤلف جعلا متفقا عليه . قد يكون مبلغا إجماليا يتقاضاه المؤلف من العارض جملة واحدة أو على أقساط . وقد يكون نسبة مئوية من الإيراد وفى هذه الحالة يجب على العارض أن يقدم للمؤلف حسابا مفصلا عن إيراد الحفلة أو الحفلات التى أقامها تنفيذاً للاتفاق[2] .

والأصل أن ما تم الاتفاق عليه من مقابل لا يجوز تعديله إلا باتفاق جديد . ولا يجوز للمؤلف أن يطلب أكثر مما اتفق عليه مع الناشر أو العارض . ولكن المشروع الجديد أضاف للمادة ٤٠ منه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فإذا تبين أن الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال المصنف» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد فى صدد هذا النص ما يأتى : « وقد أجازت المادة ٤٠ من المشروع للمؤلف أن يتصرف فى حقوقه على المصنف على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال أو ببدل معلوم ، سواء كان التصرف كاملا أو جزئيا . وأضاف المشروع حكما جديداً أورده مشروع الجامعة العربية ، مؤداه أن يكون للمؤلف نصيب فى الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه ، إذا كان الاتفاق مجحفاً أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد . وواضح أن فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة فى التعاقد تمليه اعتبارات العدالة » . والحكم الذى استحدثه المشروع

---

(١) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٨٦ .

(٢) انظر الوسيط ٧ فقرة ١٩٦ .

الجديد فيه رعاية كبيرة لجانب المؤلف : على افتراض أنه هو الجانب الذى يغبن عادة فى الاتفاقات التى تقع بينه وبين الناشر أو العارض ، وبخاصة إذا كان المؤلف من الناشئين أو كان غير معروف . فيجوز له ، إذا كان فى الاتفاق غبن من الأصل ، أن يطالب بجزء من الربح الصافى الناتج عن استغلال المصنف يراه القاضى كافيا لرفع هذا الغبن . وحتى لو لم يكن فى الاتفاق غبن من الأصل ، ولكن نجاح المصنف غير المنتظر لظروف طارئة جعلت الاتفاق مجحفا بالمؤلف ، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يطالب هنا أيضاً بجزء من الربح الصافى على النحو الذى رأيناه فى الفرض الأول . وفى كلا الفرضين خروج على القواعد العامة ، ففى الفرض الأول خروج على قواعد الغبن إذ الأصل هو ألا يعتد بالغبن إلا فى حالات خاصة ليس هذا الفرض منها ، وفى الفرض الثانى خروج على قواعد نظرية الظروف الطارئة إذ أن هذه النظرية إنما تعالج حالة المدين الذى أصابته خسارة فادحة لا حالة الدائن الذى فاته ربح كبير . لذلك لا يجوز تطبيق هذا الحكم إلا بموجب نص صريح فى القانون [١] ، وهذا النص غير موجود فى قانون حماية حق المؤلف القائم . فإذا أصبح المشروع الجديد قانونا وبقى فيه هذا النص ، وجب تطبيقه على الاتفاقات التى تبرم من وقت أن يصبح المشروع الجديد قانونا نافذ المفعول .

٢٢٣ — بطلان التصرف فى مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل : تنص المادة ٤٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبل »[٢] .

وقد قدمنا فى عقد النشر[٣] أنه « يجوز الاتفاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبى أو فنى لم ينجزه المؤلف بعد، بل لما يبدأ فيه ، بشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط إرادى محض ، وبشرط أن يكون العمل معينا فى موضوعه وفى مداه ومبلغ أهميته وفى المدة التقريبية التى يتم فيها ، وإلا كان

---

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن الاتفاق الذى يحدد مقابلا أقل بكثير مما يستحقه المصنف يمكن إبطاله لغلط جوهرى فى قيمة المصنف (ديبوا فى أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥٥) .

(٢) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ٤١ . والنصان متطابقان معنى ولفظا .

(٣) الوسيط ٧ فقرة ١٨٥ ص ٣٢٣ .

باطلا لعدم تعيين المحل » . وقلنا أيضاً(١) : « يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلة قبل ناشر عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأه » . وما يجرى على عقد النشر يجرى أيضاً على تصرف المؤلف فى حقه المالى ، فيجوز له أن ينزل للغير عن حقه فى مصنف لما يبدأه ، بشرط أن يكون هذا المصنف معينا تعيينا كافيا ، وبشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط إرادى محض.

هذه هى حدود تصرف المؤلف فى مصنفاته المستقبلة التى لم يبدأها ، ونرى من ذلك أن تصرفه فى مصنف مستقبل هو تصرف صحيح لجواز التعامل فى الأشياء المستقبلة، ولكن يجب أن يكون المصنف معينا تعيينا نافيا للجهالة ، وإلا كان التصرف باطلا لعدم تعيين المحل .

أما أن يتصرف المؤلف فى جميع مصنفاته المستقبلة دون تعيين لهذه المصنفات ، أى فى مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل حتى يوم وفاته ، فهذا تصرف ظاهر البطلان . وبطلانه يرجع أولا لعدم تعيين المحل ، ويرجع ثانيا إلى أنه يكون بمثابة اتفاق على تركة مستقبلة(٢) ، ويرجع ثالثا إلى أن مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل أمر متصل بشخصه فهو أقرب إلى الحقوق المتعلقة بالشخصية التى لا يجوز التصرف فيها . وهو يرجع قبل ذلك كله إلى أن المؤلف بهذا الاتفاق يربط نفسه إلى آخر حياته فى مجموع إنتاجه الفكرى ، وهذا التزام أبدى قمين أن يلحق به الغبن الفادح . فيكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام(٣) .

٢٢٤ – التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف : تنص المادة ٤١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المؤلف ، أيا كان نوعه ، نقل حق المؤلف ، ولكن لا يجوز إلزام

---

(١) الوسيط ٧ ص ٣٢٣ هامش ٢ .

(٢) انظر الوسيط ١ طبعة ثانية ص ٤١٤ هامش ١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المقصود من عدم جواز التصرف فى مجموع الإنتاج الفكرى المستقبل الذى نصت عليه المادة ٤٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ إنما هو تحريم تصرف المؤلف لتغير فيما قد تنتجه قريحته الفنية أو الأدبية فى المستقبل ، لأن فى ذلك إهدارا لشخصيته ولحقوقه المعنوية البحتة التى قد يتضاءل قبلها ما قد يجنيه من مزايا مالية (استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٥٩ المحاماة ٤١ رقم ٣٥٤ ص ٦٨٣) .

من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها . وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك [١] .

وقد قدمنا [٢] أن من يشترى نسخة من مصنف ، أسطوانة مثلا ، ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف لأن هذه الحقوق لم تنتقل إليه . فليس له أن يذيع الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلنى ، ولا أن يطبع من الأسطوانة نسخا يعدها للبيع للجمهور . ولكننا هنا فى معرض شراء النسخة الأصلية للمصنف ، النسخة الأصلية بالذات لا أية نسخة عادية من نسخ المصنف . فهل يتغير الحكم . إذ أن المشترى قد حصل على النسخة الأصلية (manuscrit) ذاتها فيكون هذا قرينة على انتقال حقوق المؤلف إليه مع انتقال ملكية النسخة الأصلية ؟ تجيب المادة ٤١ سالفة الذكر أنه لا يترتب على انتقال ملكية النسخة الأصلية لشخص أن تنتقل إليه حقوق المؤلف . والسبب فى ذلك أنه لو أريد نقل حقوق المؤلف إلى من انتقلت إليه ملكية النسخة الأصلية ، لوجب ، طبقا لنص المادة ٣٧ / ٢ التى تقدم ذكرها ، أن يكون الاتفاق على نقل حقوق المؤلف « مكتوبا وأن يحدد صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » [٣] . ومن ثم لا يكفى نقل ملكية النسخة الأصلية إلى شخص ليستفاد ضمنا من ذلك نقل حقوق المؤلف إليه ، فنقل حقوق المؤلف يقتضى اتفاقا صريحا مكتوبا محددا فيه كل حق أريد نقله ، مع تحديد نطاق هذا الحق ومدة الاستغلال ومكانه .

ولكن يكون من انتقلت إليه ملكية النسخة الأصلية حرا فى مباشرة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذه المادة : « ونصت المادة ٤١ على أن التصرف فى النسخة الأصلية للمصنف لا يترتب عليه فى الأصل نقل حق المؤلف ، وهذا تطبيق لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٧ ، ما لم يتفق على غير ذلك . كما أن عدم إلزام من انتقلت إليه ملكية هذه النسخة بوضعها تحت تصرف المؤلف لنسخها أو عرضها تطبيق للقواعد العامة فى خصائص الملكية » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ٤٢ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢١٩ .

سلطاته التى يخولها إياه حق الملكية . فلا يكون للمؤلف – ما لم يتفق معه على غير ذلك – حق فى إلزامه بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إذا كانت لمصنف أدبى أو علمى أو النقل عنها أو عرضها إذا كانت لمصنف فنى كصورة أو تمثال .

ويبقى بعد ذلك أحد أمرين : إما أن يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكينه من نسخ هذه النسخة أو نقلها بمقابل أو بغير مقابل . أو أن يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه . فى الحالة الأولى يستطيع المؤلف بنسخ النسخة الأصلية أو نقلها أن يباشر حقه فى استغلاله المالى لمصنفه ، وفى الحالة الثانية يستطيع مالك النسخة الأصلية وقد انتقلت إليه حقوق المؤلف أن يباشر هذه الحقوق . أما إذا لم يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكينه من نسخها . ولم يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل إليه حقوقه ، ولم يكن هناك سبيل آخر للمؤلف للحصول على نسخة أخرى من مصنفه . فإن ملكية النسخة الأصلية تبقى منفصلة عن حقوق المؤلف ، ولا يستطيع المؤلف ولا مالك النسخة الأصلية مباشرة هذه الحقوق .

٢٢٥ – الحجز على حقوق المؤلف : وإذا كان للمؤلف أن يتصرف فى حقه المالى ، فهل يجوز لدائنيه ترتيبا على ذلك الحجز على هذا الحق لاستيفاء ديونهم ، على أساس أن الأصل فيما يجوز التصرف فيه أن يجوز الحجز عليه ؟ تجيب المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف على هذا السؤال بما يأتى : « لا يجوز الحجز على حق المؤلف . وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى خصوص هذا النص ما يأتى : « وحقوق المؤلف الأدبية غير قابلة للتصرف فيها بطبيعتها ، شأنها فى ذلك شأن الحقوق الشخصية البحتة التى تتصل بشخص الإنسان . ويترتب على ذلك بطلان كل تصرف يتم بشأنها (م٣٨) ، وعدم جواز توقيع الحجز عليها (م١٠) . على أن المشروع لم يغفل حقوق الدائنين ، فأباح لهم توقيع الحجز على نسخ المصنف المنشور » . وظاهر من هذا أن المذكرة الإيضاحية ترجع عدم جواز الحجز على حق المؤلف إلى أن المقصود بحق المؤلف هو حقه الأدبى . فلا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه . وفى

رأينا أن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن غير صحيح ، وأن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى للمؤلف . أما الحق الأدبى فبديهى أنه لا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية كما قدمنا . ولم يكن القانون فى حاجة إلى النص على ذلك لأنه حكم واضح يستخلص من طبيعة الحق الأدبى . وإنما نص القانون على عدم جواز الحجز على الحق المالى ، مع أنه حق بطبيعته يجوز التصرف فيه ، فخالف بذلك القواعد العامة . ولذلك لازم النص . والسبب فى عدم جواز الحجز على الحق المالى للمؤلف يرجع إلى الاعتبار الآتى : يفترض القانون أن المؤلف لم يقرر نشر مصنفه ، فلو أن القانون أجاز الحجز على حقه فى الاستغلال لأرغمه بذلك ، خلافا لما يقتضيه حقه الأدبى ، على تقرير النشر عن طريق الحجز . إذ الدائنون إذا حجزوا على حقه المالى قبل أن يقرر نشر المصنف ، فإن النتيجة التى تترتب على ذلك أن هذا الحق المالى يرسو مزاده على مشتر يتولى نشر المصنف بنفسه ، بالرغم من إرادة المؤلف . فغلب القانون هنا الحق الأدبى على الحق المالى . ولم يجز الحجز على الحق المالى . لكن إذا قرر المؤلف طوعا نشر مصنفه ونشره ، فقد استنفد حقه الأدبى بتقريره النشر ، ولم يبق إلا حقه المالى متمثلا فى النسخ التى تم نشرها وهى مملوكة له . ومن هنا جاز ، كما يقول النص صراحة ، للدائنين الحجز على هذه النسخ[1] . فإذا بيعت فى المزاد واستولى الدائنون على الثمن ، ولم يستكملوا استيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فإنهم لا يجوز لهم بعد ذلك أن يحجزوا عما بقى لهم من حقوق على حق المؤلف فى الاستغلال المالى ، وإلا كان فى ذلك إرغام له على إعادة تقرير نشر المصنف . وفى هذا تعارض مع حقه الأدبى . كذلك لا يجوز للدائنين الحجز على حق المؤلف المالى فى المصنفات التى مات عنها قبل أن يقرر نشرها ، لنفس الاعتبارات التى تقدم ذكرها . لكن إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف كان قبل موته قد استهدف نشر هذه المصنفات ، جاز عندئذ للورثة أن ينشروها ، ومن ثم جاز للدائنين الحجز على حق المؤلف إذ يتمحض فى هذه الحالة حقا ماليا لا يتعارض مع الحق الأدبى .

---

(١) انظر ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥٩ – فقرة ١٦٠ .

وإذا رسا المزاد على مشتر ، أصبح هذا المشترى هو صاحب الحق المالى وتولى بنفسه نشر المصنف ، والثمن الذى يرسو به المزاد يستوفى منه الدائنون حقوقهم ، وما بقى يكون من حق الورثة(١)

وقد نظم المشروع الجديد الحجز على حق المؤلف تنظيما أدق . إذ نص فى المادة ١٠ منه على ما يأتى : « لا يجوز الحجز على حق المؤلف . ومع ذلك يجوز لدائنى المؤلف ، الذى تراخى فى استغلال مصنفه بعد نشره ، أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال هذا المصنف ، ويشمل الأمر بيانا بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . فإذا كان المؤلف قد توفى قبل نشر المصنف ، فيشترط لاستصدار الأمر المذكور أن يكون المؤلف قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » . والنص هنا واضح فى أن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد صريحة فى هذا المعنى(٢) . وقد نظم النص طريقا عمليا للدائنين فى الالتجاء إلى القضاء ، إذا ثبت أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه ، ثم تراخى وهو حى فى استغلاله بعد نشره ، أو مات قبل أن ينشره . ولا يوجد ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء على النحو المبين فى المشروع الجديد ، دون

---

(١) قارب فى هذه المسألة إسماعيل غانم فى نظرية الحق ص ٦٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٨ – منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٠ – ص ٩١ – وانظر فى أن الحق المقصود بعدم جواز الحجز عليه هو الحق الأدبى للمؤلف دون الحق المالى : سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٦٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٩٣ والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٨ – حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٩ ص ٦٥٥ .

(٢) إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « وتنص المادة ١٠ من المشروع على خصيصة من خصائص الحق المالى للمؤلف ، فتقضى بعدم جواز الحجز على حق المؤلف . وهو حكم واضح تمليه طبيعة حق المؤلف التى لا تجعل لدائنيه فائدة من الحجز على حقه فى الاستغلال ، بما يتضمنه من سلطة تقرير نشره ، باعتبار أن حق النشر للمؤلف وحده لا يجوز التنازل عنه ، وهذا ما يستتبع عدم جواز الحجز على هذا الحق . على أنه إذا استعمل المؤلف حقه فى النشر ثم تراخى بعد ذلك فى استغلال مصنفه بعد نشره ، فإنه فى هذه الحالة يجوز لدائنيه أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال المصنف ، ويشمل الأمر بيانا بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . وقد نصت المادة ١٠ أيضاً على حكم أجيز بمقتضاه لدائنى المؤلف أن يباشروا هذا الحق بعد وفاته ويستصدروا الأمر المذكور ، ولكن بشرط أن يثبت هؤلاء الدائنون أن المؤلف كان قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » .

حاجة إلى نص صريح فى هذا المعنى ، فإن هذا النحو من الالتجاء إلى القضاء لا يتعارض مع القواعد العامة

المطلب الثانى

الحق المالى بعد موت المؤلف

٢٢٦ — انتقال الحق المالى إلى خلفاء المؤلف لمدة معينة : يبقى الحق المالى يتمتع به المؤلف طوال حياته . ثم إن هذا الحق لا ينقضى بموت المؤلف ، بل يبقى بعد موته وينتقل إلى خلفائه .

وإذا دام طوال حياة المؤلف ، فإنه لا يدوم بعد موته . فهو على خلاف الحق الأدبى حق موقت ، ولا يبقى بعد انتقاله إلى خلفاء المؤلف إلا لمدة معينة هى مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .

فعندنا إذن مسألتان : (١) من هم خلفاء المؤلف . (٢) مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق .

§ ١ — خلفاء المؤلف

٢٢٧ — الورثة : تنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى المواد ٥ و٦ و٧ فإذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون، ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو خلفهم . ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك »[1].

ويتبين من هذا النص أنه إذا مات المؤلف ، انتقل حقه فى الاستغلال

---

(١) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٩ ، وتجرى على الوجه الآتى : « لورثة المؤلف وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى المشار إليها فى هذا القانون ، ولهم وحدهم الحق فى الإفادة من المادة ٤٠ (التصرف فى حق الاستغلال المالى) . فإذا كان المصنف مشتركا ، ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثا أو موصى له ، آل نصيبه إلى شركائه فى التأليف أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » . والنص مطابق فى المعنى لنص المادة ١/١٨ من قانون حماية حق المؤلف سالف الذكر .

المالى لمصنفه إلى ورثته الشرعيين ، كل بمقدار حصته فى الميراث فإذا ترك أولادا وزوجة وغيرهم من الأقارب ، لم ترث الزوجة فى حقه المالى إلا الثمن ، وباقى الحق للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولمن يرث مع الأولاد من الأقارب كالأب والأم ، كل بقدر حصته فى الميراث . ويخلف كل وارث فى حصته ورثته من بعده ، مادامت مدة حماية المصنف لم تنقض . وهؤلاء جميعا — الورثة وورثة الورثة — يباشرون حقوق المؤلف المالية على الشيوع ، ويباشرون أيضاً حقوقه الأدبية كما سيجيء . ولما كانت مدة الحماية فى الأصل خمسين عاما من وقت موت المؤلف كما سنرى ، فإن عدد الورثة يتزايد مع الزمن ، وقد تصبح مباشرة حقوق المؤلف أمراً مستعصيا لكثرة العدد [1].

ويساعد على معالجة هذا العيب الأمور الآتية : (١) يصح تطبيق أحكام الشيوع فى إدارة الحقوق المالية للمؤلف ، فيكون رأى الأغلبية هو النافذ . (٢) يصح عند قسمة التركة أن يؤول الحق المالى للمؤلف إلى أحد الورثة دون الباقين ، أو إلى عدد قليل من الورثة . (٣) يجوز للمؤلف ، كما سنرى ، أن يوصى إلى شخص أو إلى عدد قليل من الأشخاص بحقه المالى ، دون أن يتقيد فى ذلك بالقدر الذى تجوز فيه الوصية . (٤) وفى جميع الأحوال ينتهى حق المؤلف المالى على الأكثر بانقضاء خمسين عاما من موت المؤلف ، وبانتهاء هذا الحق يؤول المصنف إلى الملك العام ، وينقطع التنازع فى مباشرته بواسطة عدد كبير من الأشخاص .

٢٢٨ — *الموصى لهم* : تنص المادة ٢/١٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار إليه فى الفقرة السابقة ،

---

(١) وقد قدمنا (انظر آنفا فقرة ١٦٧) أن اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية أعدت ، فى سنة ١٩٤٨ ، مشروعا لحماية حق المؤلف . وتقضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال المالى هم : أولا — زوج المؤلف وفروعه . ثانيا — أصوله . ثالثا — إخوته . ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذا الحق إلا بعد انقراض الفريق الذى يسبقه ، وتقسم الغلة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . (انظر آنفا فقرة ١٦٧ فى الهامش) .

ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية»[1] . والنص ، كما نرى ، يجيز للمؤلف أن يوصى بحقه فى الاستغلال المالى ، لوارث أو لغير وارث . فيصح أن يوصى بهذا الحق لأحد الورثة دون الباقين ، أو لبعض الورثة دون بعض . أو لغير وارث أصلا انفرد أو تعدد ، أو لوارث وغير وارث فى وقت معاً . وإلى هنا لا مخالفة لأحكام الشرع الإسلامى فى الوصية . ولكن النص يخالف أحكام الشرع الإسلامى فى أنه يقرر أن المؤلف فى وصيته بحقه لا يتقيد بثلث التركة . فقد تكون قيمة حقه المالى فى استغلال مصنفه أو مصنفاته أكثر من ثلث تركته ، بل قد تكون كل تركته ، ومع ذلك يجوز له أن يوصى بهذا الحق كله لوارث أو لغير وارث . وتنفذ الوصية فى جميع الحق الموصى به . وكانت أحكام الشرع الإسلامى تقضى بأن الوصية لا تنفذ إلا فى ثلث التركة . والسبب فى أن المشرع قرر هذا الحكم دون أن يتقيد فيه بأحكام الشرع الإسلامى أن حق المؤلف فى الاستغلال المالى لمصنفاته هو حق معنوى يقع على شىء غير مادى ، فهو إذن ليس من قبيل الأموال التى تقع على الأشياء المادية والتى ينظر الشرع الإسلامى إليها وحدها فى تقرير أحكام الميراث والوصية . ولما كان المصنف هو نتاج فكر المؤلف ، فهو ألصق به من أمواله التى تقع على أشياء مادية ، ولذلك كان أكثر حرية فى التصرف فيه بالوصية . فقد يرى أن شخصا معينا ، وارثا كان أو غير وارث ، أولى بأن ينتقل إليه حقه المالى فى استغلال مصنفه ، إذ يكون أقدر من غيره على هذا الاستغلال وأكثر فهما لموضوع المصنف وأشد رعاية لحق المؤلف الأدبى إذا ما عهد إليه برعاية هذا الحق فى مقابل نقل الحق المالى إليه .

ولا شك فى أن هذا الحكم مفيد من ناحيتين . فهو من ناحية يمكن المؤلف من نقل حقه المالى إلى أولى الناس وأصلحهم بانتقال هذا الحق إليه . ولا يصح القول فى هذا الصدد إنه كان يكفى أن يعهد إلى هذا الشخص برعاية حقه

---

(١) وقد أضيف هذا النص إلى مشروع قانون حماية حق المؤلف بعد أن تم إعداده، والذى أضافه هو مجلس الدولة . ولذلك لم تعرض له المذكرة الإيضاحية التى كانت قد أعدت قبل إضافته . وليس للنص مقابل فى المشروع الجديد ، ومن ثم تجرى فى هذا المشروع أحكام الوصية ، فلا تجوز إلا فى ثلث التركة ، وتجوز لوارث .

الأدبي (١) . فالغرم بالغنم . وكما ألقى المؤلف على من اختاره عبء رعاية حقه الأدبي فمن حق هذا الشخص أن ينتقل إليه أيضاً الحق المالي . فيكون أشد يقظة في رعاية الحق الأدبي . والحكم من ناحية أخرى يمكن المؤلف ، إذا كان ورثته الشرعيون كثيرين وخشي أن يقع الخلاف فيما بينهم في مباشرة استغلال المصنف ، أو كانوا غير صالحين لمباشرة هذا الاستغلال لعدم ثقافيا عن موضوع المصنف . من تعيين شخص واحد أو عدد قليل من الأشخاص لمباشرة استغلال الحق عن طريق الإيصاء لهم به .

٢٢٩ — باقي الشركاء في المصنف : وهناك فرض خاص واجهه المشرع في الشطر الثاني من الفقرة الأولى للمادة ١٨ من قانون حماية حق المؤلف . إذ يقول كما رأينا : « فإذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون . ومات أحد المؤلفين بلا وارث . فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين معه أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

والأصل أن المؤلف إذا مات دون أن يترك ورثة أو موصى لهم ينتقل إليهم حقه المالي في استغلال المصنف : فإن هذا الحق ينقضي بموته ، ويؤول المصنف إلى الملك العام ، ولا يؤول إلى الدولة باعتبارها مالكة للتركات التي لا وارث لها . ولكن إذا كان هذا المصنف مشتركا بين عدد من المؤلفين ، كما إذا كان مصنفا سينمائيا يشترك فيه مؤلف السيناريو ومؤلف الحوار ومن قام بتحوير المصنف الأدبي والمخرج وواضع الموسيقى وصاحب المصنف الأصلي ، ومات أحد من هؤلاء دون وارث أو موصى له ينتقل إليه حقه المالي . فإن هذا الحق لا يؤول إلى الملك العام في هذه الحالة . بل ينتقل إلى باقي الشركاء ، أو لمن خلف هؤلاء الشركاء إذا كان الشركاء هم أيضاً قد ماتوا أو مات بعضهم ، كل بنسبة حصته في المصنف . وهذا حكم مستحدث . ففضلا عن

---

(١) وقد ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى ذلك إذ يقول : « وقد كان يكفي لتحقيق هذا الغرض أن ينص على حق المؤلف في أن يعين من يشاء لمباشرة سلطاته الأدبية بعد وفاته ، على أن يظل الحق المالي للورثة لا يجوز الإيصاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقا للقواعد العامة » (إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٦٦ — وانظر أيضا منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية ص ٩٢) .

الصعوبات العملية التي تنجم من أن يكون بعض المصنف قد آل إلى الملك العام بعضه الآخر لا يزال متمتعا بالحماية . فإن الشركاء أولى من الملك العام بانتقال حق شريكهم إليهم . وهذا ضرب من ضروب حق الاسترداد (droit de retrait) دون مقابل ، يتمكن به باقى الشركاء من مباشرة حقهم المالى على المصنف كله ، وذلك إلى أن تنقضى مدة الحماية ويؤول المصنف إلى الملك العام .

§ ٢ – مدة الحماية التي أضفاها القانون على الحق المالى

٢٣٠ – مدة الحماية فى الأصل خمسون عاما بعد موت المؤلف : قدمنا أن الحق المالى للمؤلف حق موقت ، فهو يدوم فى الأصل طول حياة المؤلف وخمسين سنة أخرى بعد موته . وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف إلى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره وأن يباشر عليه حق الأداء العلنى دون إذن ودون مقابل . وتنص المادة ١/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « مع عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى المواد ٥ و٦ و٧ بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف . على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائى ، واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف »[1] .

والمدة التي يحمى فيها حق المؤلف المالى تستغرق كما قدمنا حياة المؤلف

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص : « وحق الاستغلال المالى للمؤلف موقوت محدود بأجل نصت عليه المادة ٢٠ ، وهو طيلة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . وهذا الأجل هو الذى انتهت إليه المعاهدات الدولية التي أشير إليها فى صدر هذه المذكرة ، وأخذت به أكثر الدول الأوروبية . وإذا كان المصنف فوتوغرافيا أو خاصا بالإنتاج السينمائى الذى يقتصر على نقل المناظر الطبيعية ، سقط الحق بعد انقضاء خمسة عشر عاما منذ تاريخ أول نشر المصنف » .

ويشير النص فى صدره إلى عدم الإخلال بحكم المادة الثامنة ، وهى تنص على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية ، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . انظر فى شرح هذه المادة آنفا فقرة ١٧٧ .

وخمسين عاما بعد وفاته[١] ، ولم نصل التشريعات التى تحمى حقوق المؤلف إلى هذا المقدار من المدة إلا تدرجا . فقد كانت مدة الحماية فى أول تشريع صدر فى فرنسا لحماية حق المؤلف – قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ – خمس سنوات بعد وفاة المؤلف . وزادت هذه المدة إلى عشر سنوات فى قانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٣ ، ثم أطيلت إلى عشرين سنة بدكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، ثم إلى ثلاثين سنة بقانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ ، ثم إلى خمسين سنة بقانون ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ . ووقفت مدة الحماية عند هذا القدر فى جميع القوانين التالية ومنها قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو القانون المعمول به الآن فى فرنسا لحماية حقوق المؤلف . وقد أقرت المؤتمرات والاتفاقيات الدولية ، ابتداء من معاهدة برن الدولية فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ ، أن تكون مدة الحماية خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف . وفى مصر كان مشروع أول مارس سنة ١٩٢٧ يجعل مدة الحماية ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، وعشر سنوات من أول نشر للمصنف لحفظ حق الترجمة إلى اللغة العربية . وظلت مدة الحماية ثلاثين عاما فى مشروع جامعة الدول العربية . ولكن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن ، جعل مدة الحماية كما رأينا خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف تمشيا مع التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية ، إلا أنه أنزل مدة حفظ الحق فى الترجمة إلى خمس سنوات من أول نشر للمصنف بدلا من عشر سنوات[٢]. وقد وضعت هيئة اليونسكو ، بعد الحرب العالمية الثانية ، اتفاقية دولية لحماية حقوق المؤلفين فى چنيف فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، جاء فى المادة ٤ منها أنه لا يجوز أن تنقص مدة الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته[٣]

وقد اتجه المشروع الجديد إلى إنقاص مدة الحماية ، ولعل هذا كان من أهم أسباب وضع هذا المشروع ، فنصت المادة ١/٢٠ و ٢ منه على ما يأتى : « مع

(١) وغنى عن البيان أنه إذا انقرضت ورثة المؤلف قبل انقضاء هذه المدة ، ولم يوجد موصى له ، فإن المصنف يؤول إلى الملك العام بالرغم من أن مدة الحماية لم تنقض

(٢) انظر فى كل ذلك ماقدمناه آنفا فقرة ١٦٧

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٧ فى الهامش .

عدم الإخلال بحكم المادة ٨ فقرة ثانية تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى القانون بمضى خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف ، على ألا تقل مدة الحماية فى مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف . على أنه بالنسبة إلى المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد فى هذا الصدد : « ولئن جعلت مدة الحماية فى معاهدة برن خمسين سنة بعد وفاة المؤلف ، إلا أن ثمة اتجاها عاما إلى الحد منها . وآية ذلك أن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق المؤلفين المبرمة فى جنيف عام ١٩٥٢ نصت فى مادتها الرابعة على أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية للمصنفات التى تنطبق عليها هذه الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، كما أن المشروع الذى وضعته الجامعة العربية ينقص مدة الحماية فى المادة ٢٣ منه إلى ثلاثين سنة بعد وفاة المؤلف . وكانت اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصرى قد أشارت — وهى بصدد بحث قانون حقوق المؤلف — إلى جعل الحماية خمسا وعشرين سنة ، بينما كانت المدة المحددة فى مشروع سنة ١٩٢٧ ثلاثين سنة . ولا يمتد أجل الحماية فى انجلترا إلا سبع سنوات بعد وفاة المؤلف ، على ألا تقل فى مجموعها عن اثنتين وأربعين سنة من تاريخ أول نشر للمؤلف . ومن ثم فقد رأى المشروع أن يقف من شتى هذه الاتجاهات موقفا وسطا ، متوخيا فى الوقت ذاته حفظ حقوق المؤلفين وصيانة ثرواتهم . فجعل فى المادة ٢٠ مدة الحماية مدى حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، على ألا تقل الحماية فى مجموعها عن خمسين سنة » .

وقد تكون هذه الاعتبارات التى حدت بالمشروع الجديد على إنقاص مدة الحماية من خمسين سنة إلى خمس وعشرين اعتبارات وجيهة ، إلا أنه بعد أن صدر قانون حماية حق المؤلف بجعل مدة الحماية خمسين سنة ، لم يعد مستساغا إنقاص هذه المدة فى المشروع الجديد ، إذ المألوف أن مدة الحماية تزيد متدرجة فى التشريعات المتعاقبة ، لا تتناقص .

وقد قدمنا[١] أن هناك مصنفات فوتوغرافية وسينمائية لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي وتقتصر على نقل المناظر نقلا آليا ، فهذه يكون من الطبيعي أن تتمتع بحماية أقل ، وقد جعلت المادة ١/٢٠ كما رأينا مدة حمايتها خمسة عشر عاما فقط ، وتبدأ لا من وقت وفاة المؤلف بل قبل ذلك من تاريخ أول نشر للمصنف . وقد أنزل المشروع الجديد فى المادة ١/٢٠ منه كما رأينا مدة حماية هذه المصنفات من خمس عشرة سنة إلى خمس سنوات فقط ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كان مناط الحماية المقررة لحق المؤلف هو المجهود العقلى أو الابتكار ، وهو ما لا يتوافر فى التصوير الفوتوغرافى والسينمائى الذى يقتصر فيه على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، إذ يكون للآلة فيه الدور الرئيسى وتكون الغلبة للعنصر الآلى الذى لا يمت بصلة إلى المجهود الذهنى ، فقد جعل المشروع مدة الحماية بالنسبة لهذه المصنفات خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف ، مراعيا فى ذلك ما قد يتكبده المصور من جهد مادى فى سبيل الحصول على الصورة » .

هذا ومدة الحماية أيا كان مقدارها ، يبدأ سريانها فى الأصل من وقت موت المؤلف ، ويبدأ السريان فى بعض الأحوال الاستثنائية من تاريخ أول نشر المصنف . فنبحث الأصل ، ثم ننتقل إلى الاستثناء .

٢٣١ — الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف :

قدمنا أن الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ، فالخمسون عاما التى يحمى فيها القانون الحق المالى للمؤلف يبدأ سريانها من وقت موت المؤلف ، أى أن المصنف يحمى مدة حياة المؤلف وخمسين عاما أخرى تسرى من وقت موته . وهناك حالتان تدخلان فى هذا الأصل ، وهما فى حاجة إلى شىء من التفصيل :

(الحالة الأولى) المصنفات المشتركة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى شأنها على ما يأتى : « وتحسب المدة فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين »[٢]. فإذا كان هناك

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٠ فى آخرها .

(٢) تطابق المادة ٣/٢٠ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

مصنف مشترك بين أكثر من شخص واحد ، كمصنفات الموسيقى الغنائية . والمصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، فإن سريان مدة الحماية لا يبدأ بمجرد موت أحد هؤلاء الشركاء ، بل يتراخى حتى يموت آخر من بقي حيا منهم ، ومن وقت موته يبدأ سريان مدة الحماية . وعلى ذلك يتمتع من مات أولا من الشركاء بمدة حماية أطول ، إذ تستغرق هذه المدة حياته هو ، ثم حياة جميع الشركاء الذين يموتون بعده ، ثم تستمر خمسين عاما بعد موت آخر من يموت منهم . وإذا كان هناك مصنف جماعي اشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخصي طبيعي تكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن هذا السخص الطبيعي يعتبر مؤلفا للمصنف (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق المؤلف[1]) ، ويبدأ سريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاة هذا الشخص الطبيعي فإذا كان الذي وجه المصنف الجماعي وتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه هو شخص معنوي ، اعتبر هذا الشخص المعنوي أيضاً هو المؤلف (م ٢/٢٧ من قانون حماية حق المؤلف)[2] ، ويبدأ سريان مدة الخمسين عاما من تاريخ أول نشر للمصنف الجماعي ، شأن الشخص المعنوي هنا شأن سائر الأشخاص المعنوية (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) كما سنرى .

(الحالة الثانية) المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف : تنص المادة ٢٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « تحسب مدة الحماية بالنسبة إلى المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة العشرين من هذا القانون[3] » . والمفروض هنا أن المصنف لم ينشر إلا بعد وفاة المؤلف ، وقد تولى نشره خلفه بعد موته بخمس سنين مثلا . في هذه الحالة يحمى المصنف مدة خمسين عاما ، ولكن هذه المدة يبدأ سريانها ، لا من وقت نشر المصنف كما قد يتبادر إلى الذهن ، بل من وقت وفاة المؤلف . فلا يحمى المصنف إذن في الفرض الذي نحن بصدده إلا مدة خمسة وأربعين عاما من وقت نشره ، إذ هو قد نشر بعد موت المؤلف بخمسة أعوام . ولا يفهم هذا الحكم إلا على أساس

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٣) تطابق المادة ٢٢ في المشروع الجديد في المعنى ، وتكاد تطابقها في اللفظ .

افتراض قاعدة تقضى بأن أى مصنف يجب أن يؤول إلى الملك العام بعد خمسين عاما من موت مؤلفه . أياكان تاريخ نشر هذا المصنف . وعلى ذلك لو نشر المصنف بعد ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، لم يحم هذا المصنف إلا مدة عشرين عاما من وقت نشره إذ يكون قد مضى خمسون عاما إذ ذاك على موت المؤلف . ولو بقى المصنف غير منشور مدة خمسين عاما بعد موت المؤلف ، فإنه يكون عندئذ قد آل إلى الملك العام ، وإذا نشره خلفاء المؤلف فإنه ينشر غير محمى ، ويجوز لأى شخص أن يعيد نشره دون أن يستأذن أحدا ودون أن يدفع أى مقابل[1] . ويخفف من أثر هذا الحكم ما ورد فى النص من وجوب عدم الإخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف . وهذه الفقرة تقضى ، كما رأينا ، بأن تحسب مدة الحماية فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين . فلو أن أحد الشركاء فى مصنف مات قبل أن ينشر المصنف ، ثم نشر فى حياة الشركاء الآخرين ، ومات آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء بعد عشرين سنة من نشر المصنف ، فإن مدة الخمسين عاما يبدأ سريانها من وقت وفاة هذا الشريك الأخير ، أى بعد سبعين عاما من وقت نشر المصنف ، وأكثر من سبعين عاما من وقت وفاة الشريك الأول .

٢٣٢ — والاستثناء أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت نشر المصنف : وهنا ثلاث أحوال استثنائية يبدأ سريان مدة الحماية فيها ، لا من وقت وفاة المؤلف ، بل من وقت نشر المصنف . وهذه الأحوال هى :

أولا — المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع إنشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فقد رأينا[2] أن الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن مدة الحماية فى هذه

---

(١) وفى فرنسا ، بموجب دكريتو ٢٢ مارس سنة ١٨٠٥ ودكريتو ٨ يونيه سنة ١٩٠٦ ، أعطى للشخص الذى ينشر مصنفا بعد موت المؤلف ، بشروط معينة أهمها أن يكون مالكا للنسخة التى اشتملت على نصوص المصنف ، حق مالى فى الاستغلال شبيه بحق المؤلف (انظر فى ذلك دبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٣١) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٣٠ .

الحالة ، وهى خمسة عشر عاما ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . فمن الممكن إذن أن تنتهى مدة الحماية هنا قبل وفاة المؤلف بمدة طويلة .

ثانيا – المصنفات التى يكون مؤلفوها أشخاصا معنوية عامة أو خاصة . وتنص المادة ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر ، إذا كان صاحب الحق شخصا معنويا عاما أو خاصا »[1] . والمثل الذى أورده القانون لمصنف يكون مؤلفه شخصا معنويا عاما أو خاصا هو المصنف الجماعى ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا[2] : « ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف (المصنف الجماعى) ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » . فلو أن شخصا معنويا خاصا كجمعية أو شركة ، أو شخصا معنويا عاما كمجمع اللغة العربية يضع معجما أو هيئة من هيئات الحكومة الثقافية تضع دائرة معارف ، وجه جماعة فى وضع مصنف جماعى وتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، فإن هذا الشخص المعنوى يعتبر هو المؤلف للمصنف الجماعى بنص القانون كما رأينا . ويحمى هذا المصنف مدة خمسين عاما ، لا من وقت وفاة المؤلف لأن المؤلف هنا هو شخص معنوى لا يموت كما يموت الشخص الطبيعى ، ولكن من وقت نشر المصنف الجماعى[3] . وإذا كان عمل كل من المشتركين فى وضع المصنف الجماعى متميزاً عن عمل غيره ، فإن كل مشترك فى وضع المصنف يبقى هو المؤلف لعمله وحده ، بحيث لا ينافس المصنف الجماعى ، وتكون مدة حماية هذا العمل المستقل خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف لا من وقت نشر المصنف الجماعى[4] .

ثالثا – المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وتنص المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « تبدأ مدة الحماية المبينة فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، بالنسبة للمصنفات

---

(١) يطابق النص المادة ٤/٢٠ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٩٥ وفقرة ٢٣١ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٩٥ فى آخرها .

التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها ، فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة »[١].

وقد عرضنا تفصيلا فيما تقدم[٢] إلى أحكام المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار . وبينا أنه في العهد الذي يبقى فيه اسم المؤلف الحقيقي مستورا ، يعتبر الناشر هو المفوض في مباشرة حقوق المؤلف ، ولكن مدة الحماية لا تتصل بشخصه . ولما كان المؤلف مجهولا ، فإنه يتعذر أن يبدأ سريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاته ، فلم يكن هناك مناص من جعل سريان هذه المدة يبدأ من وقت نشر المصنف . فإذا مات المؤلف ، وكان قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، وتبدأ مدة الخمسين عاما من وقت وفاة المؤلف بعد أن عرف ، لا من وقت نشر المصنف . وإذا كشف المؤلف عن شخصيته حال حياته ، فعندئذ يبقى مصنفه محميا طول حياته ، حتى لو انقضى الخمسون عاما من وقت نشر المصنف . ويبقى محميا أيضاً خمسين عاما أخرى من وقت وفاته[٣] .

هذا وقد أوردت المادة ٢٤ من قانون حماية حق المؤلف أحكاما عامة تسري في جميع الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية من وقت نشر المصنف ، فنصت على ما يأتي : « في الأحوال التي تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقا لأحكام هذا القانون ، يتخذ أول نشر للمصنف مبدأ لحساب المدة بغض النظر عن إعادة النشر . إلا إذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الإعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفا جديداً . فإذا كان المصنف

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « وعرض المشروع في المادة ٢١ لبيان حكم حماية المصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، فنص على أن مدة حماية هذه المصنفات تبدأ من تاريخ نشرها ، ذلك لأن المؤلف مجهول في هذه الحالة ، فلا يمكن تطبيق حكم المادة ٢٠ بشأنه . على أنه قد يكشف عن شخصيته بعد نشر المؤلف ، فتحتسب مدة الحماية في هذه الحالة طبقا للقاعدة العامة سالفة الذكر ، أي من تاريخ الوفاة » .

ويطابق النص المادة ٢١ في المشروع الجديد في المعنى . ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٤ .

(٣) انظر في ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ٩٤ ، وفي عدم الاستقرار الذي ينشأ من اتصال مدة الحماية بالشخص الظاهر الذي تفوض له مباشرة حقوق المؤلف ما قدمناه آنفا فقرة ١٩٣ .

يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفا مستقلا فى حساب المدد » (١) .

ويفرض النص هنا فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المصنف متعدد الأجزاء ، أى مكونا من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت تباعا فى أوقات متعاقبة . فعند ذلك يعتبر كل جزء أو مجلد مصنفا قائما بذاته ، ويحمى مدة خمسين عاما (أو خمسة عشر عاما) من وقت نشره هو ، دون نظر إلى تاريخ نشر الأجزاء أو المجلدات التى سبقته أو التى لحقته ، وعلى ذلك يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حمايته الخاصة به . أما إذا نشر المصنف بأجزائه أو مجلداته جميعا فى وقت واحد ، فالطبيعى أن تبدأ مدة الحماية من تاريخ هذا النشر بالنسبة إلى جميع الأجزاء أو المجلدات ، ولا يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حماية خاصة .

(الفرض الثانى) أن يكون المصنف متعدد الطبعات ، فالعبرة بتاريخ الطبعة الأولى مادامت الطبعات التالية لم تدخل تعديلا جوهريا على المصنف بحيث تعتبر الطبعة الجديدة المعدلة مصنفا جديداً . وعلى ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ الطبعة الأولى ، وإن تعددت الطبعات بعد ذلك على النحو الذى ذكرناه . فإذا كانت الطبعة الجديدة المعدلة قد دخلت عليها تعديلات جوهرية جعلتها بمثابة مصنف جديد ، وهذه مسألة واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع مستعينا فى ذلك برأى الخبراء المتخصصين ، فإن هذه الطبعة الجديدة تقطع المدة التى كانت قد سرت من وقت نشر الطبعة الأولى ، وتسرى مدة حماية جديدة تحسب من وقت نشر الطبعة الجديدة . وقد تكون الطبعة الجديدة قد شارك فيها المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون ، فتعتبر هذه الطبعة بمثابة مصنف جديد مشترك وتسرى بالنسبة إليها مدة حماية خاصة تبدأ من وقت نشرها . أما الطبعة الأخرى السابقة التى استقل بوضعها المؤلف الأصلى فتبقى مدة حمايتها على ماكانت ، يبدأ سريانها من وقت نشر هذه الطبعة السابقة . وعلى ذلك يكون للمصنف فى هذا الفرض مدتا حماية مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، مدة بالنسبة إلى الطبعة التى استقل بوضعها المؤلف الأصلى ، وتسرى من وقت نشر

---

(١) يطابق النص المادة ٢٢ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

هذه الطبعة ، ومدة أخرى بالنسبة إلى الطبعة التي اشترك فيها مع المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون وتسرى من وقت نشر المصنف فى حالته الجديدة مصنفا مشتركا . وإذا تعددت الأجزاء أو المجلدات ، ونشرت تباعا فى أوقات متعاقبة ، وتعددت طبعات جزء منها أو أكثر . فإن أحكام تعدد الطبعات التى قدمناها تسرى على كل جزء أو مجلد أعيد طبعه .

المطلب الثانى

الحق الأدبى للمؤلف

٢٣٣ — خصائص الحق الأدبى للمؤلف ومضمون هذا الحق : قدمنا أن الحق الأدبى للمؤلف هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، وليس كحق الاستغلال المالى بحق عينى [١] . ويترتب على أن الحق الأدبى هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية لا من الحقوق المالية خصيصتان لصيقتان بهذا الحق ، فهو أولا حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، وهو ثانيا حق دائم وليس بحق موقت كحق الاستغلال المالى [٢] .

أما أنه حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، فقد ورد فى ذلك نص صريح ، إذ تقول المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف : « يقع باطلا كل تصرف فى الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة أولى) و٧ (فقرة أولى) و٩ من هذا القانون » [٣] . والمواد المشار إليها فى هذا النص هى المواد التى تشتمل على مضمون الحق الأدبى للمؤلف ، ويجب أن يضاف إليها المادة ٤٢ التى تعرض لحق المؤلف فى سحب مصنفه من التداول . وبديهى أنه لما كان الحق الأدبى من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، فإنه يكون لصيقا بشخص المؤلف ، ومن ثم لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، شأنه فى ذلك شأن سائر الحقوق المتعلقة بالشخصية كالأبوة والبنوة والنسب [٤] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٤ .

(٣) يطابق النص المادة ٣٩ فى المشروع الجديد فى المعنى . ويكاد يطابقه فى اللفظ .

(٤) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٣ .

وأما أنه حق دائم ، فمعنى ذلك أنه يبقى طول حياة المؤلف ، ويبقى أيضاً بعد موته غير مقيد بمدة معينة كما قيد حق الاستغلال المالى بخمسين سنة . فهو باق حتى بعد انقضاء الخمسين سنة ، ولا ينتهى إلا عندما يطرح المصنف نهائيا فى زوايا النسيان . ويتولى مباشرة الحق الأدبى ، بعد موت المؤلف وإلى أن يزول هذا الحق على النحو الذى ذكرناه ، ورثة المؤلف وخلفاؤه ، جيلا بعد جيل . ويباشرون هذا الحق باسم المؤلف ، ويمثلونه فى مباشرته[1] .

وللحق الأدبى مضمون واسع ، فهو يشتمل على الحقوق الآتية : (١) حق المؤلف فى تقرير نشر مصنفه . (٢) حق المؤلف فى نسبة مصنفه إليه . (٣) حق المؤلف فى دفع الاعتداء عن مصنفه . (٤) حق المؤلف فى سحب مصنفه من التداول .

§ ١ - حق المؤلف فى تقرير نشر مصنفه

٢٣٤ - (أ) حق تقرير النشر فى حياة المؤلف : تنص الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه ، وفى تعيين طريقة هذا النشر »[2] . وهذا من أهم مشتملات الحق الأدبى للمؤلف ، فالمؤلف وحده هو الذى يحدد ما إذا كان مصنفه قد تم وأصبح قابلا للنشر ، وهو الذى يختار الوقت الذى ينشره فيه ، ويعين طريقة هذا النشر . فالمصنف هو نتاج فكره ، ولصيق بشخصه ، وقد لا يرضى عنه فيؤثر ألا ينشره ، ومن ثم لا يجوز لأحد أن يجبره على نشره[3] وإذا رضى عن عمله وقرر نشره ، فقد يختار أن ينشره فى وقت معين يكون فى نظره هو أنسب الأوقات لنشره . قد يرى مثلا أن ينشره فى معرض يقام فى وقت معين ويعرضه للبيع فى هذا المعرض ، أو يقدمه لنيل جائزة ، أو

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٣ وفقرة ٣٤٥ .

(٢) يطابق النص الفقرة الأولى من المادة ٥ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

(٣) وقد قضى بأنه إذا مزق مصور صورة لم يرض عنها وألقى بها فى الطريق ، فالتقطها أحد المارة ، وتملكها بالاستيلاء ، لم يجز لهذا الأخير أن يعيد ترتيب الأجزاء الممزقة ويظهر الصورة دون موافقة صاحبها (السين ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩) .

يدمجه فى مجموعة عند ظهورها ، أو يبيعه من شخص معين أو يهبه إياه ، وهكذا يكون للمؤلف الحرية التامة فى اختيار وقت النشر ، ولا أحد يستطيع أن يجبره على تقديم الوقت الذى يختاره أو على تأخيره . وله كذلك أن يعين طريقة النشر ، فقد يختار أن تمثل مسرحيته دون أن تنشر فى كتاب ، أو يأذن فى تحويل رواية أو قصة قام بتأليفها إلى مسرحية دون أن يأذن فى تحويلها إلى مصنف سينمائى أو دون أن يأذن فى إذاعتها بالراديو أو التلفزيون . وقد يختار أن يهدى مصنفه لصفوة مختارة من الناس ، دون أن يعرضه على الجمهور للبيع .

وقبل أن يقرر المؤلف نشر مصنفه ، لا سبيل لأحد على هذا المصنف لأنه لم يولد بعد كمصنف تام الخلقة . ولا يستطيع دائن المؤلف أن يحجز عليه ، إذ فى الحجز إرغام للمؤلف على النشر كما قدمنا[1] . وتقرير النشر هو بمثابة شهادة الميلاد للمصنف ، فمن ذلك الوقت يوجد المصنف وتترتب عليه سائر الحقوق الأدبية وجميع الحقوق المالية .

٢٣٥ — أثر إلزام العقد للمؤلف بالنشر : وقد يتعاقد المؤلف مع عميل أو ناشر بأن يرسم صورة أو ينحت تمثالا أو يضع لحنا موسيقيا أو يؤلف كتابا ، فما هو أثر هذا التعاقد فى إلزام المؤلف بالنشر ؟ يلتزم المؤلف فى الأصل بإنجاز العمل الذى تعهد بالقيام به ونشره عن طريق تسليمه للمتعاقد معه ، ولكن إذا اصطدم التزامه هذا بحقه الأدبى فى تقرير نشر مصنفه وجب التوفيق بين الالتزام والحق ، ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن تحول قوة قاهرة دون أن يبدأ المؤلف العمل أو دون أن يتمه ، وعلى المؤلف إثبات القوة القاهرة . وفى هذا الفرض يتحلل المؤلف من التزامه طبقا للقواعد العامة ، ولا يكون مسئولا حتى عن التعويض .

(الفرض الثانى) أن يبدأ المؤلف العمل ولا يتمه ، أو يتمه ولكنه لا يرضى عنه ، دون أن تكون هناك قوة قاهرة . وفى هذا الفرض يكون للمؤلف الحق

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٢٥ – وقد يعرض فنان فى أحد المعارض صورة رسمها ليتعرف رأى الجمهور فيها ، ولكن دون أن يعرضها للبيع . فى هذه الحالة لا يعتبر الفنان أنه قد قرر نشر الصورة ، ومن ثم لا يجوز الحجز عليها (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٦) .

فى ألا يسلم العمل للمتعاقد معه ، ولا يجبر على ذلك احتراما لحقه الأدبى فى تقرير النشر . بل هو غير مكلف فى أن يبدى الأسباب التى منعته من البدء فى العمل ، أو منعته من التسليم بعد أن أتم العمل . ويكفى أن يتذرع بحقه الأدبى ، وبأنه غير راض عن القيام بهذا العمل ، أو غير راض عن العمل بعد أن أتمه حتى لو كان المتعاقد معه يراه عملا مرضيا ويعلن أنه يقبل تسلمه كما هو دون أى تهذيب وأنه يستجيب لما يطلبه كل الاستجابة . ذلك أن المؤلف يستقل بتقديره الشخصى ، فهو وحده الذى يقرر ما إذا كان يبدأ العمل ، وإذا بدأه فهو وحده الذى يقرر إذا كان العمل قد أنجز على الوجه الذى يرضاه ويليق بسمعته ، وهذا هو معنى حقه الأدبى فى تقرير نشر مصنفه[١] . ولكنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذى أصاب هذا الأخير من جراء إخلال المؤلف بالتزامه طبقا للقواعد العامة ، ولا يكون المتعاقد معه مكلفا بإثبات أى خطأ فى جانب المؤلف حتى يكون مستحقا للتعويض ، إذ يكفى أن المؤلف لم يسلمه العمل دون أن تحول قوة قاهرة دون ذلك . فالتزام المؤلف إذن هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، وعندما التزم نحو المتعاقد معه التزم التزاما أصليا بتسليم العمل والتزاما بدليا بدفع التعويض إذا اختار ذلك[٢] »

(الفرض الثالث) أن يتم المؤلف العمل على وجه يرضيه ، ولكنه يتخذ من حقه الأدبى تكئة لعدم التسليم . ويثبت المتعاقد معه أن الذى دفع المؤلف إلى عدم التسليم هو أنه مثلا وجد صفقة أكثر ربحا فآثرها على الصفقة الأولى ، وتعاقد مع شخص آخر يعلم بسبق التزامه للشخص الأول . وفى هذا الفرض يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه الأدبى ، فلا يكون مسئولا عن التعويض فحسب ، بل يمكن أيضاً إجباره على التنفيذ العينى . ومن ثم يستطيع المتعاقد الأول أن ينتزع العمل من يد المتعاقد الآخر ، ويعتبر التنفيذ العينى هو خير

---

(١) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٩ – ٢٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢٤٧ (حيث يذهب إلى أن التزام المؤلف هو التزام تخييرى alternative ؛ ونؤثر كما قررنا فى المتن أن يكون الالتزام بدليا facultative).

تعويض عن إساءة المؤلف لاستعمال حقه وتواطئه مع المتعاقد الآخر (١) .

٢٣٦ – (ب) حق تقرير النشر بعد موت المؤلف : تنص المادة ١٩ من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر إلى من يخلفونه وفقاً لأحكام المادة السابقة . ولهؤلاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ . على أنه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به »(٢). ويتضح من هذا النص أن الذين يباشرون حقوق المؤلف الأدبية بعد موته هم ورثته والموصى لهم ، أى خلفاؤه ، فيكون لهؤلاء حق الاستغلال المالى ومباشرة الحقوق الأدبية فى وقت واحد . ولا يوجد ما يمنع من أن يعين المؤلف شخصاً أو أكثر بالذات ، من الورثة أو غير الورثة ، يعهد إليهم فى مباشرة حقوقه الأدبية بعد موته ، لاعتبارات يرى المؤلف أنها تجعلهم أصلح من غيرهم فى مباشرة هذه الحقوق .

وفيما يتعلق بحق تقرير النشر ، إذا مات المؤلف ولم يكن قد قرر بعد نشر مصنفه ، فإن خلفاءه هم الذين يقررون النشر ، ومتى يكون ، وعلى أية طريقة ، أى يباشرون نفس الحق الذى كان للمؤلف أن يباشره حال حياته . وهم هنا يستعملون الحق الأدبى إلى جانب حق الاستغلال المالى ، فإذا اختلفوا فيما بينهم فى شأن من شؤون حق تقرير النشر ، جاز الالتجاء إلى المحكمة الكلية للبت فى هذا الشأن .

ويجب على خلفاء المؤلف أن يراعوا ما يعرفون من رغبة المؤلف فى صدد حق تقرير النشر ، وإذا هو ترك لهم تعليمات صريحة وجب عليهم أن يلتزموها بالدقة اللازمة . فإذا كان قد أوصى مثلاً بمنع النشر وجب عليهم أن يمتنعوا ، وأن يغلبوا حق المؤلف الأدبى على حقهم فى الاستغلال المالى . وإذا هو أوصى بتعيين ميعاد للنشر ، أو بطريقة معينة للنشر ، أو بأى أمر آخر يتعلق بالنشر ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبرا فى أنسيكلوبيدى داللوز : لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٨ .

(٢) يطابق النص المادة ١٨ فى المشروع الجديد فى المعنى .

وجب عليهم أن يلتزموا كل ذلك . ومن حق أى منهم ، بل من واجبه ، أن يلجأ إلى المحكمة الكلية لإلزام الباقين بمراعاة ما أوصى به المؤلف .

ويجب عليهم ، فى حالة تقرير النشر ، أن يراعوا المصلحة الأدبية للمؤلف قبل أن يراعوا مصالحهم المالية . كما يجب ، فى حالة عدم تقرير النشر ، أن يكون هناك مبرر جدى لذلك ، وقد بسطت عليهم رقابة حكومية فى هذا الشأن من جهة الوزير المختص كما سيلى .

٢٣٧ — مباشرة الوزير المختص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء المؤلف عن نشره : تنص المادة ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « إذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و١٩ ، ورأى وزير المعارف العمومية أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطالب إلى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالة تعويضاً عادلا[1] » .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « نصت المادة ٢٣ على حق وزير المعارف فى الحلول محل هؤلاء (ورثة المؤلف أو خلفه) فى مباشرة الحقوق المنصوص عليها بالمادتين ١٨ و١٩ ، إذا لم يباشروا هذه الحقوق لعجزهم أو عدم أهليتهم أو غير ذلك من الأسباب ، وكذلك إذا توفى المؤلف من غير وارث أو خلف . فيكون للوزير فى هذه الحالات حق تقرير نشر المصنف الذى لم ينشر فى حياة واضعه ، ما يكون له حق استغلال المؤلف استغلالا ماليا على النحو المبين فى المواد ٥ و٦ و٧ . وقد رسم المشروع طريقة استعمال هذه الحقوق ، فنص على صورة الحصول على أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الوطنية ، ولم يغفل النص حق الورثة أو الخلف فى تعويض عادل . وحكمة هذا القيد ظاهرة ، فإن فى ترك المؤلفات القيمة مقبورة غير منشورة حرمانا لطلاب الثقافة من خيرها ونفعها » .

ويقابل النص المادة ٢٤ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يباشر ورثة المؤلف أو من يخلفه الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و١٩ ، ورأى وزير الثقافة والإرشاد القومى أن المصلحة العامة تقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب إليهم نشره ، وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول يبين فيه المدة التى يجب أن يتم خلالها النشر . فإذا انقضى ستون يوما من تاريخ الطلب ولم يفصح خلفاء المؤلف عن استعدادهم للنشر أو صرحوا بامتناعهم عنه ، كان له الاستيلاء على المصنف بالطرق الإدارية ونشره . ويكون له هذا الحق أيضاً إذا استجابوا فى الميعاد الى طلب النشر ولم يتموه فى المدة المحددة ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف . وكل ذلك مع عدم الإخلال بحق الورثة أو الخلف فى التعويض » .

ويتضح من النص سالف الذكر أن لوزير المعارف (وقد حل الآن محله وزير الثقافة) رقابة على خلف المؤلف ، عندما يمتنعون عن نشر مصنف لم ينشر فى حياة المؤلف (م ١٩) ، أو عن إعادة نشر مصنف نشر فى حياته (م ١٨) . فإذا رأى الوزير أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف أو إعادة نشره ، لأن فى ذلك تعميما لخيره ونفعه بين طلاب الثقافة ، استطاع أن يصل إلى ذلك عن طريق إجراءات معينة . وتتلخص هذه الإجراءات فى أن الوزير يبدأ بطلب نشر المصنف ، ويوجه هذا الطلب إلى خلف المؤلف بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويتربص بعد ذلك ستة أشهر ، فإذا انقضت هذه المدة ولم يباشر الخلف النشر أى لم يبدأوا فيه ، فللوزير أن يستصدر أمراً من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية بالنشر ، ويتولى هو هذا العمل على حساب الحكومة . ويكون لخلف المؤلف فى هذه الحالة الحق فى تعويض عادل ، تقدره المحكمة عند الخلاف .

أما فى المشروع الجديد فإن المادة ٢٤ منه تنص على أحكام نبرز الفروق بينها وبين أحكام القانون الحالى فيما يأتى : (١) الطريق الذى يلجأ اليه الوزير (وهو فى المشروع الجديد وزير الثقافة والإرشاد القومى) فى نشر المصنف هو الطريق الإدارى لا الطريق القضائى ، فلا يلجأ إلى رئيس محكمة القاهرة ، بل يستولى على المصنف بالطرق الإدارية بعد إجراءات معينة . (٢) فى المشروع الجديد ، الكتاب الذى يرسله الوزير لخلف المؤلف يحدد فيه المدة التى يجب أن يتم فى خلالها النشر . (٣) فى المشروع الجديد ، على خلف المؤلف أن يحددوا موقفهم فى خلال ستين يوما من تاريخ الطلب الموجه إليهم ، فإن لم يجيبوا ، أو أجابوا بالنفى ، أو استجابوا إلى طلب الوزير ولكنهم لم يتموا النشر فى الميعاد المحدد ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف ، كان للوزير أن يستولى على المصنف بالطرق الإدارية ويتولى نشره .

وإذا باشر الوزير نشر المصنف بعد الإجراءات المتقدم ذكرها ، سواء فى القانون الحالى أو فى المشروع الجديد ، كان له أن يعيد نشره كلما جدت الحاجة إلى ذلك بعد أن يتبع نفس الإجراءات .

§ ٢ – حق المؤلف فى نسبة مصنفه إليه

٢٣٨ – (أ) الحق فى نسبة المصنف حال حياة المؤلف : تنص المادة ١/٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ... »[1] .

ويتضح من هذا النص أن للمؤلف الحق فى نسبة مصنفه إليه ، فيكتب اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية وغير ذلك مما يعرفه للناس على كل نسخة من نسخ المصنف الذى ينشره بنفسه أو بواسطة غيره ، وفى جميع الإعلانات عن المصنف[2] . ويستتبع ذلك أن من يقتبس شيئا من مصنفه ، فى الحدود المسموح بها ، يجب عليه أن يشير إلى اسمه وإلى المصنف . ويستوى فى كل ذلك أن يكون هو المؤلف الوحيد للمصنف ، أو أن يكون مشتركا مع آخرين فى تأليفه . وإذا كان المصنف عملا فنيا ، كتمثال أو صورة ، فللمؤلف أن ينقش اسمه على هذا العمل الفنى[3] . وإذا اختار المؤلف أن ينشر مصنفه باسم مستعار أو بغير أن يحمل اسمه ، فإن له الحق فى أى وقت فى أن يكشف عن شخصيته ، وأن يعلن بالطريقة المناسبة عن أنه هو المؤلف ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[4] .

وحق المؤلف فى نسبة مصنفه إليه حق لا يجوز النزول عنه ، كسائر الحقوق الأدبية للمؤلف . وإذا تعهد المؤلف بألا يكشف عن شخصيته ، كان تعهده باطلا ، وجاز له فى أى وقت أن يكشف عن شخصيته بالرغم من هذا التعهد .

٢٣٩ – (ب) الحق فى نسبة المصنف بعد موت المؤلف : وإذا مات المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته ، فقد قدمنا[5] أنه لا يجوز لخلفه من

---

(١) ويطابق النص المادة ١/٩ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

(٢) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٦ .

(٣) وإذا نقش المهندس المعمارى اسمه على البناء الذى وضع تصميمه ، جاز لمالك البناء أن يمحو الاسم من المكان الذى نقش فيه إذا رأى مقتضيا لذلك ، بشرط أن ينقش الاسم فى مكان آخر على نفقته (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٧) .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٩٤ .

(٥) انظر آنفا فقرة ١٩٤ .

بعده أن يكشفوا عن شخصيته ، ما لم يكن قد أذن لهم فى ذلك قبل موته . فإن لم يكن قد أذن لهم ، وجب عليهم أن يبقوا اسمه مستورا كما اختار هو فى حياته .

أما إذا نسب المؤلف المصنف إلى نفسه حال حياته ابتداء أو بعد أن كشف عن شخصيته ، فلخلفه أن يباشروا هذا الحق عنه بعد موته ، فيكتبوا اسم المؤلف على كل نسخة من المصنف تنشر بعد موته ، سواء كان النشر بواسطتهم أو بواسطة غيرهم . وقد قضت المادة ٢/١٩ من قانون حماية حق المؤلف صراحة بذلك ، إذ تقول كما رأينا : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ و المادة ٩» .

§ ٣ – حق المؤلف فى دفع الاعتداء عن مصنفه

٢٤٠ — (أ) الحق فى دفع الاعتداء حال حياة المؤلف : تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه ... ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك .. إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه »[1] . وتنص المادة ٩ من نفس القانون على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه ، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ، وله كذلك أن يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه . على أنه إذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق فى منعه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية »[2] .

ويتضح من هذه النصوص أن تعديل المصنف أو تحويره أو تغييره أو الحذف منه أو الإضافة إليه ، كل هذا من حق المؤلف ، يباشره بنفسه ، أو بواسطة من يأذن له فى ذلك . فإذا فعل أحد شيئا من ذلك دون إذنه ، كان فى هذا

---

(١) يطابق النص المادة ٧ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : « للمؤلف إدخال ما يراه من التعديل أو التحوير على مصنفه ، وله ولمن يخلفه أن يعهد إلى غيره بأن يباشر ذلك ... ويقع باطلا كل تصرف يرد على حقه فى التعديل أو التحوير» . والنصان متطابقان فى المعنى .

(٢) يطابق النص المادة ٩ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

اعتداء على حقه الأدبى ، وكان له أن يمنع هذا الاعتداء ، فيمنع أى حذف أو تغيير يقع بغير إذنه[١] .

ولكن سلطة المؤلف فى منع الحذف من مؤلفه والتغيير فيه – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد – « سلطة مقيدة فى حالة ترجمة المصنف . إذ فى هذه الحالة لا يجوز للمؤلف ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٩ ، أن يمنع ما قد يحدث عند ترجمة مصنفه من تغيير فيه وحذف منه ، إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف أو مكانته الفنية . وهذا حكم عادل من شأنه ألا يحول بين المترجم وما تقتضيه الترجمة من التصرف فى المصنف بنوع من الحذف أو التغيير فيه ، فأجيز ذلك بشرطين روعى فيهما مصلحة المؤلف ، وهما شرط ذكر موطن الحذف أو التغيير ، وشرط ألا يكون من شأنهما المساس بسمعة المؤلف أو مكانته الأدبية » .

وكالترجمة أى اشتقاق آخر من المصنف ، كتحويل القصة إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائى ، فإن هذا يقتضى شيئاً من الحرية فى التعديل والتغيير والتحوير يجب أن يسمح به لمن يقوم بهذا العمل ، فى حدود ماتستوجبه أصول الفن المتعارف عليها[٢] .

---

(١) ويجب على الناشر إذا تولى طبع المصنف أن يطبعه دون أى تغيير فيه . حتى لو اعتقد أن التغيير هو لمصلحة المصنف ، إذ عليه فى هذه الحالة أن يستأذن المؤلف . ولا يجوز للناشر حذف أية عبارة من المصنف ، حتى لو كانت هذه العبارة قذفا يستوجب المسئولية ، إذ عليه فى هذه الحالة أن يستأذن المؤلف فى حذفها ، فإن لم يقبل طلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٣٥٦ – فقرة ٣٥٧) . وحق المؤلف هذا لا يجوز النزول عنه ، كما هو الأمر فى سائر حقوق المؤلف الأدبية . ومن ثم يكون ترخيص المؤلف مقدما للناشر فى إجراء أى تعديل يرى إدخاله على المصنف باطلا ، إذ يجب تحديد مواطن التعديل وماهيته بالدقة (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art ٣٦٢) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ – ولكن المسموح به هو ما يدخل فى حدود ما تستوجبه أصول الفن ، ويكون باطلا إذن ترخيص المؤلف مقدما فى إدخال أى تعديل على مصنفه عند تحويله إلى فيلم سينمائى (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٣٦٣ – وانظر عكس ذلك ، أن هذا الترخيص يكون صحيحا السين ٢٦ يوليه سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ – ٥٣٣) .

٢٤١ – (ب) الحق فى دفع الاعتداء بعد موت المؤلف : فإذا مات المؤلف ، تولى خلفاؤه ، عنه مباشرة حق دفع الاعتداء عن مصنفه . فإذا أدخل أحد تغييراً أو تحويراً أو حذفا أو إضافة على المصنف ، كان لهم بل عليهم أن يدفعوا هذا الاعتداء . وذلك فى غير ما تقتضيه الضرورة فيما قدمناه متعلقا بترجمة المصنف أو بتحويله أو بالاشتقاق منه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، كما رأينا ، على حق خلفاء المؤلف فى مباشرة حقه فى دفع الاعتداء عن مصنفه بعد موته . إذ تقول : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » .

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٧ تنص ، كما رأينا ، على أن « للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه » ، فالظاهر أن خلفاء المؤلف لا يباشرون هذا الحق إلا فى حدود الإذن للغير فى الترجمة أو التحويل أو الاقتباس أو فيما تقتضيه الضرورة من جعل المصنف متمشيا مع أحدث ما استجد من تطور فى العلم . أما أن يقوموا هم بأنفسهم بتعديل المصنف أو تحويره فى غير ضرورة ، فيبدو أن هذا محرم عليهم كما هو محرم على غيرهم . إذ أن ذلك هو حق شخصى للمؤلف وحده حال حياته[1]

§ ٤ – حق المؤلف فى سحب مصنفه من التداول

٢٤٢ – (ا) الحق فى سحب المصنف حال حياة المؤلف : تنص المادة ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده ، إذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى . ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالى إليه تعويضاً عادلا ، يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم »[2] .

---

(١) قارن مع ذلك إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٦٣ (ويذهب إلى أن للورثة الحق فى إدخال التعديلات على مصنف مورثهم) . وقارن كذلك فى هذا المعنى حسن كيرة فى أصول القانون ص ٦٦٣ – منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٨٦ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد « وللمؤلف فضلا عن ذلك حق سحب–

ويتضح من هذا النص أنه ، كما أن للمؤلف حق تقرير نشر مصنفه ، كذلك يكون له حق سحبه من التداول بعد أن قرر نشره[١] . ويجب أن يستند فى سحب مصنفه إلى أسباب خطيرة . أى أسباب جدية من شأنها أن تبرر السحب ، لا إلى أسباب وهمية أو أسباب ترجع إلى المزاج والملاءمة . ذلك أن المصنف ، بعد نشره ، تتعلق به عادة حقوق للغير كالناشر . فسحب المصنف والإضرار بهذه الحقوق يجب أن يبرره حق أدبى للمؤلف أقوى من الحق المالى الذى للغير . وإذا وقع خلاف فى جدية الأسباب أو فى كفايتها ، تولى القضاء (المحكمة الابتدائية) حسم النزاع فى ذلك . وقد يكتفى المؤلف ، بدلا من سحب المصنف ، بإدخال التعديلات الجوهرية التى يرى ضرورة إدخالها عليه . وتضرب المذكرة الإيضاحية مثلا لسبب أدبى خطير يبرر سحب المصنف فتقول : « فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنه قد جانب الصواب فى هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . فى مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه . بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يغض من شخصيته ويؤذى سمعته » . وقد يرى المؤلف ، بعد نشر مصنفه والاطلاع على آراء النقاد فيه . أن المصنف قد أحدث أثراً سيئاً أضر بسمعته أو بمكانته الأدبية . من الناحية الدينية أو الناحية

= المصنف من التداول أو تعديله تعديلا جوهرياً رغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ، وذلك إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو إلى ذلك (م ٤٢) . فقد يضع الكاتب مؤلفه متأثراً برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنه قد جانب الصواب فى رأيه هذا وقد يكون موضوع المصنف خطيراً هاما . فى مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبراً عن حقيقة آرائه ، بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يغض من شخصيته ويؤذى سمعته . ولمواجهة أمثال هذه الحالات قرر المشروع حق المؤلف فى سحب هذا المصنف من التداول . ولم يغفل العقد المبرم بين المؤلف والناشر ، فنص إلى جانب حق المؤلف فى سحب المصنف من التداول على تعويض الناشر تعويضا عادلا ، وهو كل ما يبغيه من وراء هذا العقد » .

ويقابل النص المادة ٤٣ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان فى المعنى (غير أن المشروع الجديد ينص على جواز تقديم المؤلف كفيلا بالتعويض لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالى) ، ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

(١) وهذا ما يسمى فى القانون الفرنسى بالحق فى الندم (le droit de repentir)

الأدبية أو الناحية الفنية أو أية ناحية أخرى . فيرى من الضرورى أن يسحب المصنف أو أن يدخل فيه تعديلات جوهرية .

ومتى أقر القضاء المؤلف على سحب المصنف ، قدر تعويضاً عادلا للناشر أو للغير الذى تعلق له حق مالى بالمصنف ، ويجب أن يدفع المؤلف هذا التعويض مقدما قبل سحب المصنف بالفعل . وقد يحدد القاضى أجلا للدفع . وقد يطلب كفيلا يضمن المؤلف . فإذا لم يدفع المؤلف التعويض فى الأجل المحدد ، زال أثر الحكم القاضى بالسحب ، ويعود المصنف مرة أخرى إلى التداول .

ويسرى حكم السحب على أى مصنف توجد أسباب مبررة لسحبه . كما إذا كان تمثالا أو صورة فنية ولاحظ الفنان بعد أن باع عمله أن فيه عيبا فنيا يحط من منزلته ومكانته . فمن حقه أن يسترده من المشترى ويرد إليه الثمن الذى تقاضاه منه مع التعويض إن كان له مقتض . كما أن من حقه دون أن يسترده أن يصلح العيب الذى لاحظه فيه دون أن يطالب مقابلا لذلك من المشترى[1] .

٢٤٣ — (ب) الحق فى سحب المصنف بعد موت المؤلف : ويبدو أن الحق فى سحب المصنف حق شخصى محض للمؤلف نفسه . لا ينتقل منه بعد موته إلى خلفائه . فالمؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يقدر الأسباب التى تبرر السحب . فإذا مات لم يكن لخلفائه أن يطلبوا سحب المصنف بعد أن يكون قد نشر وتعلقت به حقوق الغير المالية . ولو كان ذلك فى مقابل تعويض يدفعه الخلفاء لأصحاب الحقوق المالية . ويرجع ذلك إلى طبيعة الحق فى السحب بناء على الاعتبارات التى قدمناها . ولعل هذا هو السبب الذى دعا المشرع أن يقول كما رأينا فى صدر المادة ٤٢ المتعلقة بحق السحب : « للمؤلف وحده ... أن يطلب من المحكمة ... » . كذلك لم تذكر الفقرة الثانية من المادة ٩ . وهى التى تشير إلى النصوص المتعلقة بحقوق المؤلف الأدبية التى يجوز للخلف مباشرتها

---

(١) انظر فى أن القضاء الفرنسى لا يجيز سحب المصنفات الفنية مادام مؤلف المصنف الفنى قد سلمه مرة للحق فيه دبيوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ، لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٥٣

بعد موت المؤلف . المادة ٤٢ سالفة الذكر المتعلقة بحق السحب بين هذه النصوص .

المبحث الثانى

طرق حماية حقوق المؤلف

٢٤٤ — نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث المكان ومن حيث الزمان : تنص المادة ٤٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« تسرى أحكام هذا القانون على مصنفات المصريين والأجانب التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى مصر . وكذلك على مصنفات المؤلفين المصريين التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى بلد أجنبى . أما مصنفات المؤلفين الأجانب التى تنشر لأول مرة فى بلد أجنبى ، فلا يحميها هذا القانون إلا إذا كانت محمية فى البلد الأجنبى . وبشرط أن يشمل هذا البلد الرعايا المصريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة فى مصر وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبى[1] » .

ويتضح من هذا النص أن قانون حماية حق المؤلف يسرى : (أولا) على المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى مصر ، سواء كان المؤلف مصريا أو أجنبيا ، وقد أخذ هنا بالمعيار الإقليمى . (ثانيا) على المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى بلد أجنبى ، إذا كان المؤلف مصريا ، وقد أخذ هنا بالمعيار الشخصى . (ثالثا) بقيت المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى بلد أجنبى لمؤلف أجنبى ، وهذه طائفة هامة من المصنفات ، وأكثر ما ينقل عنه فى مصر هى هذه المصنفات التى ألفها الأجانب ونشروها فى بلادهم . وهذه لا يحميها القانون المصرى إلا بالشروط الآتية : (١) أن يكون قانون البلد الأجنبى الذى نشر فيه المصنف يحمى هذا المصنف ،

---

(١) يقابل النص المادة ٥٠ فى المشروع الجديد . والنصان متطابقان فى المعنى (فيما عدا أن المشروع الجديد لا يحمى مصنف المؤلف الأجنبى الذى نشر فى بلد أجنبى إلا لمدة لا تجاوز المدة المنصوص عليها فى المشروع الجديد) ، ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

حتى لا يقع أن المصنف لا يكون محميا فى بلده ومع ذلك يحمى فى مصر . (٢) أن يحمى قانون هذا البلد الأجنبي فى بلده مصنفات المصريين التى تنشر فى مصر ، حتى تكون هناك معاملة بالمثل ، فلا يحمى القانون المصرى فى مصر مصنفا لأجنبي مالم يكن قانون هذا الإجنبي يحمى مصنف المصرى فى البلد الأجنبي . (٣) أن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي . فقد يتبع البلد الأجنبي بلاد عربية فلابد أن تمتد حماية مصنفات المصريين إلى هذه البلاد العربية . وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « وأن تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي . وذلك لأن المصنف العربى قد لا يكون معروفا فى دولة أجنبية ، إلا أنه معروف فى البلاد التابعة لها ، فروئى حماية المؤلفين المصريين فى الدول ذات الصبغة العربية التابعة للدولة الأجنبية التى تخضع لهذا السبب لتشريع هذا البلد الأجنبي » .

وتنص المادة ٥٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « مع عدم الإخلال بأحكام المادة السابقة . تسرى أحكام هذا القانون على كل المصنفات الموجودة وقت العمل به. على أنه بالنسبة لحساب مدة حماية المصنفات الموجودة ، يدخل فى حساب هذه المدة الفترة التى انقضت من تاريخ الحادث المحدد لبدء سريان المدة إلى تاريخ العمل بهذا القانون . وتسرى أحكام هذا القانون على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به ، ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك . أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بهذا القانون ، فلا تسرى عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التى كانت سارية المفعول وقت تمامها »[1]. ويتضح من هذا النص أن

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد الفقرة الأخيرة من المادة ما يأتى : « أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بالقانون ، فلا تسرى عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التى كانت نافذة وقت عقدها ، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المادة ٣٩ الخاصة بنصيب المؤلف فى الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه إذا كان هذا الاتفاق غير عادل أو لم تراع فى تقديره ظروف لم تكن فى الحسبان » . والمادة ٣٩ التى تشير إليها المذكرة الإيضاحية لا تعرض لما تنبه إليها هذه المذكرة ، وهذا هو نصها : « تصرف المؤلف فى حقوقه فى المصنف . سواء كان كاملا أو جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية » . والنص الذى يورد الأحكام التى تنسبها المذكرة الإيضاحية للمادة ٣٩ هو نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من المشروع الجديد (لا من القانون —

تطبيق قانون حماية حق المؤلف . من حيث الزمان . تسرى عليه القواعد العامة . ونميز فى هذا التطبيق بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المؤلف حيا وقت نفاذ قانون حماية حق المؤلف فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤[1] : وفى هذا الفرض تسرى على مصنفاته أحكام القانون . سواء نشرت هذه المصنفات منذ ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ أو نشرت قبل ذلك . فنى جميع الأحوال تحمى مصنفاته طول حياته . وتبقى محمية بعد وفاته لمدة خمسين سنة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وكذلك تبقى محمية فيما يتعلق بالحق الأدبى إلى ما بعد خمسين سنة إلى أن تطرح المصنفات فى زوايا النسيان كما سبق القول . فالمؤلف الذى كان حيا فى يوم ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ . ومات فى سنة ١٩٦٠ مثلا ، تكون مصنفاته التى نشرت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ .وكذلك تلك التى نشرت منذ هذا التاريخ إلى يوم وفاته فى سنة ١٩٦٠ ، محمية طول حياته إلى سنة ١٩٦٠ ، وتبقى محمية خمسين سنة بعد ذلك أى إلى سنة ٢٠١٠ من ناحية الاستغلال المادى ، وإلى ما بعد ذلك من ناحية الحق الأدبى — (الفرض الثانى) أن يكون المؤلف قد مات قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ : وفى هذا الفرض تحمى جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها وكلها قد نشرت بداهة قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، إلى مدى خمسين سنة من وقت وفاته . فإذا فرضنا أنه توفى فى سنة ١٩٤٠ فإن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٩٠ ، أو توفى فى سنة ١٩٣٢ فإن مصنفاته تبقى محمية إلى سنة ١٩٨٢ ، أو توفى فى سنة ١٩٠٠ فإن مصنفاته تكون قد آلت إلى الملك العام إذ يكون قد مضى فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ أكثر من

= الحالى) ، ويقضى كما رأينا بما يأتى : « ومع ذلك فإذا تبين أن الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بجزء من الربح الصافى الذى ينجم من استغلال المصنف » . فغير مفهوم إذن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون الحالى ، إلا إذا فرضنا أن مشروع القانون الحالى كان قد تضمن نصا مماثلا للمادة ٤٠/٢ من المشروع الجديد ، وحذف قبل أن يصبح المشروع قانونا .

هذا وتطابق المادة ٥٠ من القانون الحالى المادة ٢ من قانون إصدار المشروع الجديد فى المعنى ، وتكاد تطابقه فى اللفظ .

(١) جاء فى قانون الإصدار لقانون حماية حق المؤلف : « ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية » . وقد نشر فى الوقائع المصرية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ فى العدد ٤٩ مكرر .

خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف(١) . وهذا من ناحية الاستغلال المادى . أما من ناحية الحق الأدبى فتبقى المصنفات محمية إلى أن تطرح فى زوايا النسيان كما قدمنا .

وجميع الاتفاقات كعقد النشر ، أو الحوادث كتحويل رواية إلى مسرحية أو إلى فيلم سينمائى ، التى تكون قد وقعت منذ ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٢ تسرى عليها أحكام القانون ، حتى لوكانت متعلقة بمصنفات نشرت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ . أما الاتفاقات والحوادث التى وقعت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ عن مصنفات نشرت قبل هذا التاريخ طبعا ، فتسرى عليها الأحكام القانونية التى كانت سارية المفعول وقت وقوع الاتفاقات والحوادث . وهذه الأحكام لم تكن أحكاما مسنونة ، بل هى الأحكام التى صدرت من القضائين الوطنى والمختلط فى حماية حق المؤلف .

---

(١) وإذا قدر للمشروع الجديد أن يصير قانونا ، ومدة الحماية فيه هى كما رأينا خمس وعشرون سنة بدلا من خمسين من وقت وفاة المؤلف ، فنرى أن الانتقال من القانون الحالى إلى القانون الجديد يكون على الوجه الآتى : (أولا) إذا كان المؤلف حيا وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محميا فى جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها ، المدة الباقية من حياته وخمسا وعشرين سنة من يوم وفاته . (ثانيا) إذا كان قد مات وقت نفاذ القانون الجديد ، فإنه يكون محميا فى جميع مصنفاته لمدة خمسين سنة من وقت وفاته – وهى المدة التى كان محميا فيها بموجب القانون الذى كان نافذاً وقت وفاته – بشرط ألا تزيد مدة الحماية على خمس وعشرين سنة من وقت نفاذ القانون الجديد . فإذا فرضنا أن المشروع الجديد أصبح قانونا فى سنة ١٩٧٠ ، فإن مدة حماية المؤلفين الذين يكونون قد ماتوا قبل هذا التاريخ لا يجوز أن تجاوز سنة ١٩٩٥ . وعلى ذلك إذا كان المؤلف قد مات فى سنة ١٩٦٠ أو فى سنة ١٩٥٠ ، فإنه يبقى محميا فى الحالتين إلى سنة ١٩٩٥ ، بالرغم من أن حمايته لم تستغرق خمسين سنة من وقت وفاته إذ أن الحد الأقصى للحماية هو سنة ١٩٩٥ كما قدمنا . أما إذا كان قد مات فى سنة ١٩٣٢ ، فإنه يبقى محميا إلى سنة ١٩٨٢ أى إلى مدة خمسين سنة من وقت وفاته ، لأنه لا يكون قد جاوز بهذه المدة الحد الأقصى وهو سنة ١٩٩٥ . ويلاحظ فى كل ذلك أنه لا يجوز ، فى المشروع الجديد ، أن يقل مجموع مدة الحماية فى جميع الأحوال عن خمسين سنة من وقت أول نشر المصنف .

ونحن فى هذا إنما نقيس على حالة ما إذا قرر نص جديد مدة للتقادم أقصر من المدة التى كان النص القديم قد قررها ، فإن المادة ٨ مدنى تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ – أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

وننتقل الآن إلى طرق حماية حق المؤلف . وهناك طريقان : الطريق المدنى والطريق الجنائى .

المطلب الأول

الطريق المدنى

٢٤٥ — التنفيذ العينى والتعويض : عند الإخلال بحقوق المؤلف التى بسطناها فيما تقدم ، يكون للمؤلف ، إذا سلك الطريق المدنى ، حق طلب التنفيذ العينى وحق طلب التعويض .

§ ١ – التنفيذ العينى

٢٤٦ — الإجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العينى : تنص المادة ٤٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« لرئيس المحكمة الابتدائية ، بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالإجراءات التالية ، بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام المواد ٦ و٧ (فقرة أولى) من القانون » .

« أولا — إجراء وصف تفصيلى للمصنف » .

« ثانيا — وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته » .

« ثالثا — توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه (كتبا كانت أو صورا أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحا أو تماثيل أو غير ذلك) ، وكذلك على المواد التى تستعمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف » .

« رابعا — إثبات الأداء العلنى بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور ، ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا » .

« خامسا — حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك إن اقتضى الحال ، وتوقيع الحجز على هذا الإيراد فى جميع الأحوال » .

« ولرئيس المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة » .

« ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما لصدور الأمر ، فإذا لم يرفع فى هذا الميعاد زال كل أثر له »[1] .

ويتضح من هذا النص المفصل أن المشرع وضع فى يد المؤلف سلاحا فعالا لحماية حقوقه ، فهو لا ينتظر حتى تفصل المحكمة فى أصل النزاع بينه وبين من اعتدى على هذه الحقوق . وقد ينتظر طويلا . وقد تضيع عليه الفرصة وهو فى هذا الانتظار . بل أجاز المشرع له أن يلجأ فى الحال – بمجرد وقوع الاعتداء على حقوقه بأن نشر مصنفه أو عرض بغير إذنه الكتابى مثلا[2] ، أو بأن ترجم إلى لغة أخرى دون أن يأذن كتابيا فى ذلك . أو بأن اعتدى أحد على حقوقه التى بسطناها فيما تقدم بأية صورة من صور الاعتداء – إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها موطن المعتدى بعريضة يستصدر أمراً عليها بإجراءات تحفظية سريعة فعالة . وليس المؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يفعل ذلك ، بل يستطيعه كل من انتقلت إليه حقوق المؤلف من ناشر أو وارث أو موصى له .

وهذه الإجراءات التحفظية نوعان : (١) نوع يقصد منه وقف الضرر الذى أخذ ينجم من الاعتداء على حقوق المؤلف ، أى وقف الضرر مستقبلا . وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : إجراء وصف تفصيلى للمصنف ، ووقف نشر المصنف أو عرضه (إذا كان مسرحية مثلا أو فيلما سينمائيا أو تمثالا) أو صناعته (إذا كان أسطوانات مثلا) ، وإثبات الأداء العلنى بالنسبة إلى

---

(١) يقابل النص المادة ٤٤ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد يقضى بألا تسرى على هذه الإجراءات أحكام قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية الخاصة بساعات الإعلان وأيام العطلات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الطبعة التى أخرجها الطاعن مقلدة من الطبعة التى أخرجها المطعون ضده تقليداً تاما وهو أمر لا يقره القانون . فإن من شأن نشر الطاعن لطبعته وطرحها للبيع فى السوق منافسة كتاب المطعون ضده ، وهى منافسة لا شك فى عدم شرعيتها . ولا ينفى قيام هذه المنافسة غير المشروعة أن يكون المطعون ضده قد اعتزل مهنة الطباعة والنشر وصفى أعماله فيهما ، مادام كتابه ما زال مطروحا للبيع فى السوق (نقض مدنى ٧ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض [illegible] ١٤٢ – ص ٩٥٧) .

إيقاع أو تمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا . (٢) ونوع يقصد منه حصر الضرر الذى وقع فعلا من جراء الاعتداء ، واتخاذ إجراءات من شأنها المحافظة على حقوق المؤلف فى محو هذا الضرر . وهذا النوع يشتمل على الإجراءات الآتية : توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه (كتبا كانت أوصورا أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحا أو تماثيل أو غير ذلك) وكذلك على المواد التى تستعمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه (مثل الإكليشهات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك) بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف (فلا يحجز على المطبعة ولا على الحروف غير المجموعة ولا على الورق) . وحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير ينتدب لذلك إن اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الإيراد فى جميع الأحوال .

ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية ، فى جميع ما تقدم ذكره ، أن يندب خبيراً لمعاونة المحضر المكلف بتنفيذ الإجراءات التى أصدر بها رئيس المحكمة أمراً على العريضة المقدمة إليه . ويجوز له كذلك أن يفرض على المؤلف أو خلفه أن يودع كفالة مناسبة يقدرها رئيس المحكمة .

ومتى صدر أمر من رئيس المحكمة للمؤلف أو خلفه بالإجراءات المتقدم ذكرها ، كان على المؤلف أو الخلف ، فى خلال خمسة عشر يوما من صدور أمر رئيس المحكمة ، أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة . فإذا لم يفعل . أو تأخر عن الميعاد ، زال كل أثر للأمر ، وعاد كل شىء إلى أصله ، وبطل الحجز ، وعاد النشر والعرض إلى ما كان عليه قبل صدور الأمر .

٢٤٧ — التظلم من الأمر الصادر بالإجراءات التحفظية : تنص المادة ٤٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر ، وفى هذه الحالة لرئيس المحكمة ، بعد سماع أقوال طرفى النزاع ، أن يقضى بتأييد الأمر ، أو إلغائه كليا أو جزئيا ، أو بتعيين حارس تكون مهمته إعادة نشر أوعرض أوصناعة أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الإيراد الناتج فى خزانة

المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة [1].

ويتضح من هذا النص أن من نسب إليه المؤلف الاعتداء على مصنفه ـ ولم يكن قد سمعت أقواله وقت أن استصدر المؤلف أمرا من رئيس المحكمة بالإجراءات التحفظية المتقدمة الذكر ، يجوز له أن يتظلم من هذا الأمر أمام رئيس المحكمة نفسه . وبعد أن يسمع رئيس المحكمة أقوال كل من الطرفين ، يصدر حكما فى التظلم المرفوع أمامه على أحد الوجوه الآتية : (١) تأييد الأمر السابق الصادر بالإجراءات التحفظية . (٢) إلغاء الأمر السابق فى كل الإجراءات التحفظية التى صدر بها أوفى بعض هذه الإجراءات . (٣) العدول عن الأمر السابق إلى طريقة وضع الحراسة على المصنف محل النزاع . ويعين رئيس المحكمة فى هذه الحالة حارسا يقوم بإعادة نشر المصنف واستخراج نسخ منه أو إعادة عرضه . وما ينتج من الإيراد يودعه الحارس خزانة المحكمة ، إلى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة . وفى جميع الأحوال يعتبر الحكم الصادر فى التظلم حكما قضائيا حل فيه رئيس المحكمة محل المحكمة الابتدائية ، ولذلك يجوز استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف [2] .

٢٤٨ – الحكم فى أصل النزاع : وقد قدمنا [3] أن المؤلف أو خلفه ،

---

(١) يقابل النص المادة ٥٠ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى التظلم المرفوع طبقا لحكم المادة ٤٤ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ – وهو تقرير لحكم المادة ٣٧٥ مرافعات – يعتبر حكما قضائيا حل به القاضى الآمر محل المحكمة الابتدائية ، وليس مجرد أمر ولائى ، ولذلك يكون رفع الاستئناف عن الحكم الصادر من رئيس المحكمة فى التظلم إلى محكمة الاستئناف . ولا يمنع من هذا النظر ماأوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ من أن رئيس المحكمة الابتدائية يحكم فى التظلم بصفته قاضيا للأمور المستعجلة ، وذلك أن هذا الوصف لا يتفق ونص القانون المذكور التى تفيد بحكم مطابقتها لأصول الأحكام العامة للأوامر على العرائض أن ما عهد به المشرع إلى رئيس المحكمة هو من نوع ما عهد به إلى قاضى الأمور الوقتية . ولئن كان القاضى الآمر (رئيس المحكمة) ، وهو بصدد نظر التظلم فى أمر الحجز ، لا يستطيع أن يمس موضوع الحق ، إلا أن ذلك لا ينبغى أن يحجبه عن استظهار مبلغ الجد فى المنازعة المعروضة ، لا ليفصل فى الموضوع ، بل ليفصل فيما يبدو له أنه وجه الصواب فى الإجراء المطلوب ، دون أن يبنى حكمه على مجرد الشبهة (نقض مدنى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام القضائية ١٣ رقم ١٧٢ ص ١٩٠٢) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

متى صدر له أمر بالإجراءات التحفظية السابق ذكرها ، يجب عليه فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، أن يرفع أصل النزاع أمام المحكمة الابتدائية التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه . فإذا ما طرح أصل النزاع أمام المحكمة المختصة ، فإن المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتى : « يجوز للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذى نشر بوجه غير مشروع ، والمواد التى استعملت فى نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . ولها أن تأمر بتغيير معالم النسخ أو الصور أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل . وذلك كله على نفقة الطرف المسئول ... »[1] .

ويتضح من هذا النص أن محكمة أصل النزاع ، إذا وجدت المؤلف أو خلفه على حق فيما ادعاه ، قضت له بالتنفيذ العينى . ومعنى التنفيذ العينى هنا هو تنفيذ التزام من اعتدى على حق المؤلف عينا ، فتزيل المحكمة كل أثر للاعتداء . ومن ذلك أن تأمر بإتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أوصوره التى نشرت بوجه غير مشروع حتى تخرجها عن التداول ، وأن تأمر بإتلاف المواد التى استعملت فى نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر ، فتأمر بإتلاف الإكليشهات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك . ومن ذلك أن تأمر بتغيير معالم الصور أو النسخ أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك لمنعها من التداول بحالتها . وجميع ما تأمر به من ذلك يكون تنفيذه على نفقة الطرف المسئول ، لأنه هو المتسبب فيما وقع . هذا إلى أنه يجوز للمحكمة ، فوق ذلك ، أن تحكم بالتعويض على المعتدى إذا كان هناك مقتض للحكم بالتعويض .

وإذا وجدت المحكمة أن المؤلف أو خلفه ليس على حق فيما ادعاه ، قضت برفض الدعوى ، وبإلغاء الإجراءات التحفظية التى أمر بها رئيس المحكمة من قبل ، وحكمت بالمصروفات على المؤلف أوخلفه .

٢ — التعويض

٢٤٩ — حالات ثلاث : على أن هناك حالات ثلاثا يحكم فيها القاضى

(١) يقابل النص المادة ٤٦ / ١ و٢ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ولفظا .

بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني . وهذه الحالات هي : (١) إذا كان حق المؤلف ينقضي بعد مدة تقل عن سنتين .(٢) إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية . (٣) إذا كان النزاع المطروح خاصا بحقوق المؤلف المعماري .

٢٥٠ — الحالة الأولى — حق المؤلف ينقضي بعد مدة تقل عن سنتين : ينص الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « على أنه يجوز للمحكمة . إذا كان حق المؤلف ينقضي بعد فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ /١ و٧ /١ و٩ /١ ، أن تستبدل الحكم بتثبيت الحجز التحفظي على هذه الأشياء . وفاء لما تقضي به للمؤلف من تعويضات . بالحكم بإتلاف أو تغيير المعالم » . وتنص المادة ٤٥/ ٣ على ما يأتي : « وفي كل الأحوال يكون للمؤلف بالنسبة لدينه الناشيء عن حقه في التعويض امتياز على صافي ثمن بيع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها . ولا يقدم على هذا الامتياز غير امتياز المصروفات القضائية والتي تتفق لحفظ وصيانة تلك الأشياء ولتحصيل تلك المبالغ »[١].

ويتضح من هذه النصوص أنه يجوز للقاضي . بدلا من الحكم بالتنفيذ العيني وبإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها . الاكتفاء بالحكم بتعويض المؤلف أو خلفه عما أصابه من الضرر بسبب الاعتداء على حقه المالي في استغلال مصنفه . فيقدر القاضي قيمة التعويض الواجب دفعه . ويقضي في الوقت ذاته بتثبيت الحجز التحفظي على الأشياء والنقود المحجوز عليها . فيتقاضى المؤلف أو خلفه التعويض المحكوم به من النقود التي حكم بتثبيت الحجز عليها (وهي الإيراد الناتج من النشر أو العرض والذي سبق الأمر بالحجز عليه) ، ومن ثمن الأشياء التي حكم بتثبيت الحجز عليها (نسخ المصنف والمواد التي تستعمل في إعادة النشر) . وحق المؤلف في تقاضي التعويض من النقود وثمن الأشياء

---

(١) تقابل هذه النصوص المادة ٤٦/٢ أولا و٣ في المشروع الجديد . وتتطابق النصوص في المعنى .

حق ممتاز يتقدم على حقوق الدائنين الآخرين ، فيما عدا المصروفات القضائية ومصروفات الحفظ والصيانة والتحصيل .

ولكن يلاحظ فى ذلك أمور ثلاثة :(١) أنه يشترط للحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العينى أن يكون حق المؤلف المعتدى عليه لم يبق لانقضائه إلا مدة أقل من سنتين ، إذ تكون قلة المدة الباقية لحماية حق المؤلف فى هذه الحالة مبرراً للحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى ، وهذا أجدى على كل من المؤلف والمعتدى . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى ، حتى إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، جوازى لا وجوبى . فيجوز للقاضى إذن ، حتى فى هذه الحالة ، أن يحكم بالتنفيذ العينى وبإتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، إذا كان هناك فى ظروف القضية ما يبرر ذلك . (٣) أنه يجب الحكم بالتنفيذ العينى فيما إذا كان الاعتداء واقعا على الحق الأدبى للمؤلف ، من حق تقرير النشر وحق نسبة المصنف إلى المؤلف وحق المؤلف وحده فى إدخال ما يرى على مصنفه من تعديل أو تحوير ومنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه .

٢٥١ — الحالة الثانية — النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف إلى اللغة العربية :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وكذلك لا يجوز الحكم بالإتلاف أو تغيير المعالم . إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف إلى اللغة العربية ، بالمخالفة لحكم المادة ٨ ، ويقتصر الحكم على تثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وفاء لما تقضى به المحكمة للمؤلف من تعويضات »(١) .

ويتضح من هذا النص أنه إذا ترجم شخص مصنفا موضوعا بلغة أجنبية إلى اللغة العربية فى خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى ، أو ترجمه من ترجمة إلى لغة أجنبية أخرى فى خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للترجمة الأولى ، ولم يكن قد حصل على إذن المؤلف الأصلى والمترجم الأول ، فإنه يكون قد اعتدى على حق المؤلف أو على حق المترجم الأول

---

(١) يقابل النص المادة ٢/٤٦ ثانيا فى المشروع الجديد . ويطابق النصان فى المعنى .

طبقا لأحكام المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف . وكان مقتضى ذلك أن يقضى للمؤلف أو المترجم الأول بالتنفيذ العينى ، أى بإتلاف النسخ التى تحمل الترجمة العربية أو بتغيير معالمها . ولكن نص المادة ٤٥/ ٢ يقضى ، كما رأينا ، بالاكتفاء بالحكم للمؤلف والمترجم الأول بتعويض دون التنفيذ العينى ، فيحكم القاضى بتثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وعلى النقود المحصلة من ثمن بيعه ، ويستوفى المؤلف والمترجم الأول حقهما فى التعويض من هذه النقود ومن ثمن بيع النسخ المحجوز عليها . ويكون هذا الحق ممتازا طبقا لأحكام المادة ٤٥/٣ سالفة الذكر [1]، فيتقدم على جميع الحقوق الأخرى عدا المصروفات القضائية ومصروفات حفظ الأشياء وصيانتها وتحصيل المبالغ . وذلك كله رعاية لحق الترجمة إلى اللغة العربية ، وحفظا لهذه الترجمة من الإتلاف والضياع ، وتوفيقا بين كسب حققته الثقافة العربية وحق ثابت للمؤلف والمترجم الأول .

ويلاحظ هنا أمران : (١) أن الحكم سالف الذكر لا يسرى فى حالة ما إذا كان المؤلف أو المترجم الأول قد قام بترجمة مصنفه . بنفسه أو بواسطة غيره ، إلى اللغة العربية ، إذ تكون هذه الترجمة الأولى إلى اللغة العربية من شأنها أن تمنع ترجمة المصنف مرة أخرى إلى اللغة العربية دون إذن المؤلف . فإذا ترجم المصنف ثانية إلى اللغة العربية دون إذن، جاز الحكم بالتنفيذ العينى ، ولم تعد الثقافة العربية فى حاجة إلى هذه الترجمة الثانية بعد أن وجدت الترجمة الأولى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، فعند ذلك نعود إلى الحالة الأولى حيث يجوز الحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى . (٢) أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى ، فى هذه الحالة الثانية التى نحن بصددها ، وجوبى لا جوازى ، على خلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن الحكم فيها بالتعويض جوازى لا وجوبى .

٢٥٢ — الحالة الثالثة — النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف المعمارى : تنص المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز بأى حال أن تكون المبانى محل حجز تطبيقا للمادة العاشرة من هذا القانون .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٥٠ .

ولا أن يقضى بإتلافها أومصادرتها ، بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعمارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع[1] .

ويتضح من هذا النص أنه إذا اعتدى شخص على تصميمات أو رسوم مهندس معمارى ، واستعملها دون إذن فى إقامة مبنى ، فقد كان مقتضى تطبيق المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف أنه يجوز الحجز على هذا المبنى ، ومقتضى تطبيق المادة ٤٥ من نفس القانون الحكم بإتلاف أومصادرة المبنى . ولكن نص المادة ٤٦ الذى نحن بصدده يحرم هذا وذاك ، إذ المبنى يكون عادة كثير التكاليف بحيث يكون الحجز عليه أوإتلافه ومصادرته جزاء أشد بكثير من الاعتداء على تصميمات المهندس المعمارى ورسومه . لذلك يجب فى هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بتعويض للمهندس المعمارى ، دون التنفيذ العينى . بل لا يجوز الحجز على المبنى لاستيفاء التعويض منه ، فليس للمهندس المعمارى فى هذه الحالة الثالثة — بخلاف الحالتين الأولى والثانية — حق ممتاز فى التعويض حتى يستوفيه متقدما على غيره من ثمن المبنى . وإذا هو حجز على المبنى ، فإنما يحجز عليه كأى دائن عادى يحجز على مال مملوك لمدينه ، ويزاحمه فى ثمن المبنى سائر دائنى صاحب هذا المبنى .

المطلب الثانى

الطريق الجنائى

٢٥٣ — الجرائم والعقوبات الأصلية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ، ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولاتزيد على مائة جنيه ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و٦ و١/٧ و٣ من القانون . (ثانيا) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل فى القطر المصرى دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها القانون . (ثالثا) من قلد فى

(١) يقابل النص المادة ٤٧ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان فى المعنى .

مصر مصنفات منشورة بالخارج . وكذا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج[١] » .

ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يقتصر على الطريق المدنى فى حماية حق المؤلف ، بل فتح أيضاً الطريق الجنائى . فجعل جريمة التقليد للمصنف (contrefaçon) جنحة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه . وجريمة التقليد تتناول أحد الأفعال الآتية : (١) الاعتداء على حقوق المؤلف المالية والأدبية كما وردت فى المواد ٥ و٦ و١/٧ و٣ . (٢) بيع المصنفات التى يعتبر نشرها اعتداء على حق المؤلف فى مصر أو إدخال هذه المصنفات من الخارج إلى مصر ، وهذا وذاك دون أن يكون الشخص قد شارك فى تقليدها ، بل يكفى مجرد البيع أو الإدخال فى القطر المصرى مع العلم بالتقليد . (٣) الاعتداء على حق المؤلف فى مصنفات منشورة بالخارج ، أو بيع هذه المصنفات فى مصر أو تصديرها إلى الخارج دون مشاركة فى تقليدها .

وتقول المذكرة الإيضاحية فى صدد القصد الجنائى ما يأتى : « ولم يشترط القانون قصداً جنائيا خاصا ، وإنما يجب توافر القصد الجنائى العام الذى يشمل بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف ، إذ أن ذلك العلم يدخل فى إدراك المتهم للوضع الإجرامى المشترط فى القصد الجنائى » .

٢٥٤ — العقوبات التبعية : وتنص المادة ٣/٤٧ و٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ويجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذى وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥ و٦ و١/٧ و٣ التى لا تصلح إلا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة . كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه[٢] » .

---

(١) يقابل النص المادة ١/٤٨ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى « يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على خمسمائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و٦ و٧ و٨ و٩ . (ثانيا) من باع أو عرض للبيع أو أذاع على الجمهور بأية طريقة كانت ، أو أدخل إلى أراضى الدولة أو أخرج منها ، مصنفا مقلداً مع علمه بالتقليد . (ثالثا) من قلد فى البلاد مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يقررها هذا القانون ، وكذلك من باعها أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج » .

(٢) يقابل النص المادة ٢/٤٨ و٣ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ولفظا

ويتضح من هذا النص أن القانون جعل إلى جانب العقوبة الأصلية ، وهى الغرامة من عشرة جنيهات إلى مائة جنيه ، العقوبات التبعية الآتية : (١) مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ولا تصلح إلا له . (٢) مصادرة جميع النسخ المقلدة . (٣) نشر الحكم فى جريدة أو أكثر تعينها المحكمة ، على نفقة المحكوم عليه .

٢٥٥ — حالة العود : وتنص المادة ٢/٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وفى حالة العود يحكم على الجانى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلثمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز للمحكمة فى حالة العود الحكم بغلق المؤسسة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا[1] » .

ويتضح من هذا النص أن القانون شدد العقوبة فى حالة العود ، فأجاز الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، ورفع الحد الأقصى للغرامة إلى ثلثمائة جنيه (مع بقاء الحد الأدنى بداهة عشرة جنيهات) ، وأجاز الحكم بعقوبتى الحبس والغرامة معاً أو بإحدى هاتين العقوبتين دون الأخرى .

وأضاف ، فى حالة العود ، إلى هذه العقوبات الأصلية ، العقوبات التبعية السابق بيانها ، مع عقوبة تبعية جديدة هى إغلاق المؤسسة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا ، فلو كانت هذه المؤسسة دار نشر مثلا قضى بإغلاقها نهائيا أو لمدة معينة .

٢٥٦ — جريمة عدم الإيداع فى دار الكتب وعقوبتها : تنص المادة ٤٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجب على ناشرى المصنفات التى تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف فى دار الكتب المصرية ، وفقا للنظام الذى يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية . ويعاقب على عدم الإيداع بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها ، دون إخلال بوجوب إيداع النسخ . ولا يترتب

---

(١) يقابل النص المادة ٤٨/٤ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : « وتعتبر الجرائم المشار إليها فى هذه المادة متماثلة فى حالة العود » .

على عدم الإيداع الإخلال بحقوق المؤلف التي يقررها هذا القانون . ولا تسرى هذه الأحكام على المصنفات المنشورة في الصحف والمجلات الدورية ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات على انفراد »[١] .

ويتضح من هذا النص أن إيداع خمس نسخ من كل مصنف معد للنشر في دار الكتب المصرية واجب على الناشر ، والإيداع يجب أن يتم في خلال شهر من تاريخ النشر ، وفقاً للنظام الذى يضعه الوزير المختص . ولا يترتب على عدم الإيداع أى إخلال بحقوق المؤلف ، وإنما يعاقب الناشر بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها مع عدم الإخلال بوجوب إيداع النسخ المطلوبة . وإذا نشرت مصنفات في صحف ومجلات دورية ، فيكتفى بإيداع الصحف والمجلات ذاتها ، إلا إذا نشرت هذه المصنفات بعد ذلك على انفراد فيجب عندئذ إيداع خمس نسخ منها على الوجه المتقدم الذكر .

وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « أوجبت المادة ٤٨ على ناشرى المصنفات التي تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف بدار الكتب المصرية وفقا للنظام الذى يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية ، وذلك بقصد تغذية المكتبة العامة وتمكين الدولة من مراقبة ماينشر في البلاد من مؤلفات أدبية أو فنية أو موسيقية . ويقتصر الإيداع على المصنفات التي تستخرج منها عدة نسخ عن طريق الطبع أو أية وسيلة أخرى مشابهة ، ومن ثم فمن غير المعقول تكليف من قام بصنع تمثال بأن يودع نموذجا منه . وقد أعفيت المصنفات المنشورة في الجرائد والمجلات من واجب الإيداع ، فإذا نشرت هذه المصنفات مستقلة وجب الإيداع » .

---

(١) يقابل النص المادة ٤٩ في المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى (وقد ورد في المشروع الجديد : « وفقا للنظام الذى يضعه وزير الثقافة والإرشاد القومى ») .

الفصل الثانى

حقوق أخرى على أشياء غير مادية

الحقوق المتعلقة بالرسالة وبحق المخترع

الفرع الأول

الحقوق المتعلقة بالرسالة(*)

(Droits sur les lettres missives)

٢٥٧ — ما هى الرسالة — الحقوق المتنوعة التى تتعلق بها : الرسالة ورقة مكتوبة يبعث بها شخص إلى آخر ، ينقل إليه فيها خبراً أو فكرة أو ينهى إليه أمراً . وقد يقوم بإيصالها رسول ، أو تقوم بذلك مصلحة البريد كما هو الغالب ، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه كما لو كان هذا أصم فيجرى التفاهم معه بالكتابة . وليس من الضرورى أن تكون الرسالة ورقة مقفلة ، فقد تكون ورقة مفتوحة ، أو بطاقة بريد ، أو أصل برقية ، أو نحو ذلك . وتفترض الرسالة وجود مرسل (expéditeur) ومرسل إليه (destinataire). وخاصية الرسالة أنها ليست ورقة مكتوبة فحسب ، بل هى أيضاً تنقل فكر المرسل إلى المرسل إليه ، فتسجل فيها فكرة تتصل بشخص المرسل . ومن هنا تنوعت الحقوق التى تتعلق بالرسالة .

(*) مراجع : Rousseau فى الرسائل والبرقيات الطبعة الثانية سنة ١٨٧٧ – Tissier فى ملكية الرسائل وحرمتها سنة ١٨٨٥ – Legris فى سرية الرسائل وملكيتها وتقديمها للقضاء الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ – Péret فى حرمة سرية الرسائل سنة ١٨٩٥ – Montagnier فى الرسائل فى القانون الخاص طبعة ثانية سنة ١٩٠٧ – Person باريس سنة ١٩١٠ – Jardel فى الرسالة سنة ١٩١١ – Gény فى الحقوق المترتبة على الرسائل جزءان سنة ١٩١١ – Valéry فى الرسائل سنة ١٩١٢ – Damoisy فى حقوق الورثة على الرسائل رسالة من مونپلييه سنة ١٩٢٦ – Wurzburger فى حماية الرسائل فى القانون الألمانى رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٨ .

فمن جهة يتعلق بها حق المرسل إليه ، فإن ملكية الورقة المكتوبة تنتقل إليه بتسلمه للرسالة . ومن جهة أخرى يتعلق بالرسالة حقان للمرسل : حقه فى السرية إذا كانت الرسالة تتضمن سراً يخصه ، وحقه كمؤلف للرسالة إذ أن له عليها حق المؤلف . ثم إن الرسالة بعد ذلك قد تصلح دليلا للإثبات لمصلحة المرسل إليه ، أو لمصلحة المرسل ، أو لمصلحة الغير .

ومن هنا تتعلق بالرسالة حقوق أربعة نبحثها على التعاقب : (١) حق الملكية المادية . (٢) الحق فى السرية . (٣) حق المؤلف . (٤) الحق فى الإثبات[1].

§ ١ – حق الملكية المادية

(droit de propriété matérielle)

٢٥٨ – انتقال ملكية الرسالة إلى المرسل إليه بمجرد تسلمه إياها : والرسالة ، وهى فى الأصل ملك المرسل ، تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه بمجرد وصولها إلى هذا الأخير وتسلمه إياها من مصلحة البريد مثلا أو من رسول يحملها إليه . وتحديد مَن هو المرسل إليه مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع حسب ظروف كل دعوى[2] ، وبخاصة إذا كتب عنوان المرسل إليه فى غير دقة ، أو تغير عنوانه ، أو كان المرسل إليه على رأس متجر باعه فأرسلت

---

(١) لم يتضمن قانون حماية حق المؤلف نصا فى شأن الرسالة ، ولكن المشروع الجديد تضمن نصا فى هذا الصدد ، فقضت المادة ٣٧ من هذا المشروع بما يأتى : « للمؤلف وحده حق نشر رسائله ، ولكن لا تجوز مباشرة هذا الحق دون إذن المرسل إليه إذا كان من شأن النشر أن يلحق به ضرراً » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد : « تعرض المشروع فى المادة ٣٧ لبيان حق المرسل على رسائله باعتباره مؤلفا لها يتمتع بهذا الاعتبار بكل المزايا الأدبية والمادية التى يستتبعها حق المؤلف ، ومن أظهرها حقه فى نشر رسائله . ولما كانت الرسائل قد تتضمن من الأسرار الخاصة التى تتصل بحياة المرسل إليه أو تمس به ما يقتضى المحافظة على سريتها ، فإن حق المرسل فى نشرها فى مثل هذه الحالة يتقيد بضرورة الحصول على إذن من المرسل إليه متى كان من شأن النشر أن يضر به . وهذا ما عنى النص ببيانه فى شقه الأخير ، كقيد على ممارسة المرسل لحقه على الرسالة كمؤلف لها . وغنى عن البيان أن من حق الآخرين ممن قد تتصل الرسالة بهم أن يعترضوا على نشرها كذلك ، إذا كان من شأن النشر الإضرار بهم . وهذا الحق يخضع للقواعد العامة » .

(٢) نقض فرنسى ٨ نوفبر سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣–١–٢٤٨ – ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٤٤١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٢ ص ٥٩١ .

الرسالة باسمه وكان قد قصد إرسالها إلى صاحب المتجر أى إلى المشترى[1] .

ويترتب على أن ملكية الرسالة لا تنتقل إلى المرسل إليه إلا عند تسلم هذا إياها النتائج الآتية : (١) أن الرسالة ، وهى فى الطريق ، تكون ملكا للمرسل لا للمرسل إليه . (٢) أن الرسالة إذا حوت شيئا ذا قيمة كأوراق نقد أو أوراق مالية ، فإن تبعة ضياعها فى الطريق تكون على المرسل لا على المرسل إليه ، إذ أن هذا لم تنتقل إليه ملكية الأوراق قبل أن يتسلمها فتكون تبعة ضياعها على المرسل . (٣) أنه إذا تمكن أجنبي من الاستيلاء على الرسالة وهى فى الطريق ، كان للمرسل لا للمرسل إليه حق الرجوع على الأجنبي ليسترد منه الرسالة أو يتقاضى منه تعويضاً عنها .

٢٥٩ — انتقال ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه : وعند موت المرسل إليه تنتقل ملكية الرسالة إلى ورثته ، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال المرسل إليه ، وذلك ما لم يكن المرسل قد اشترط استرداد الرساله عند موت المرسل إليه أو إعدامها دون انتقالها إلى ورثته . وقد يفهم هذا الشرط ضمنا من طبيعة الرسالة وسريتها ، أو عدم الجدوى من وجودها فى أيدى الورثة بعد موت مورثهم . كذلك قد يوصى المرسل إليه بأن تؤول الرسالة إلى أحد الورثة بالذات أو إلى أجنبي يراه أصلح من غيره بحفظ الرسالة ، فيجب فى هذه الحالة تنفيذ وصيته . وليس لدائنى المرسل إليه الاعتراض على الوصية ،

---

(١) ويستثنى من قاعدة انتقال الملكية إلى المرسل إليه الأحوال الآتية : (ا) إذا كانت الرسالة موجهة إلى دواوين الحكومة ، فإنها تكون ملكا للحكومة لا للموظف الذى أرسلت إليه . (ب) إذا كان من تلقى الرسالة قد تلقاها باعتباره نائبا عن المرسل إليه كولى أو وصى أو قيم ، فالمالك هو الأصيل لا من تلقى الرسالة . (ج) إذا اشترط المرسل إعادة الرسالة إليه أو تمزيقها ، فعند ذلك لا تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه ، بل على هذا أن يردها إلى المرسل أو أن يمزقها .

وقد قضت محكمة طنطا الكلية ، بأن ملكية الرسالة للمرسل إليه ، إلا ما استثنى فى حالة ما إذا اشترط المرسل إليه أن يمزق الرسالة بمجرد قراءتها ، أو الرسائل التى يتسلمها الموظفون فإنها تكون ملكا للحكومة ، والرسائل التى يتسلمها الوكيل فإنها ملك للموكل ، وكذا الرسائل التى تتعلق بشخص تاريخى فإنها تكون ملكا لورثته من بعده (طنطا الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ — وانظر أيضاً مصر قاضى الأمور الوقتية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) .

ولكن إذا ظهر فيما بعد أن نشر الرسالة يغل مالا تعلقت حقوق الدائنين بهذا المال إذا لم يكونوا قد استوفوها من التركة .

فإذا لم يكن شيء من ذلك ، انتقلت ملكية الرسالة إلى ورثة المرسل إليه كما سبق القول . وقد تستعصى على القسمة بين الورثة ، فتقع فى نصيب أجدرهم برعايتها ، وللآخرين الحق فى أخذ صور منها إذا شاءوا[1] .

٢٦٠ — سلطة المرسل إليه كمالك للرسالة : لما كان المرسل إليه يعتبر مالكا للرسالة كما قدمنا ، فإن له عليها سلطة المالك ، فمن حقه أن يحتفظ بالرسالة ، وأن يمتنع عن ردها إلى المرسل إذا طلب هذا إليه ذلك ما لم يكن قد اشترط الاسترداد . وأن يستردها من يد أى شخص انتقلت إليه حيازة الرسالة دون رضاه . وله أن يتصرف فى الرسالة بالبيع والهبة والعارية وغير ذلك من أنواع التصرفات التى تصلح لها الرسالة، وله أخيراً أن يعدم الرسالة إذا شاء ، ولا يكون مسئولا عن إعدامها إذ هى ملكه .

على أنه مقيد ، فى سلطته على الرسالة ، بقيدين لمصلحة المرسل : (القيد الأول) أن للمرسل كما سنرى ، الحق فى السرية ، فلا يجوز للمرسل إليه أن يفشى الرسالة أو يذيعها بالرغم من سريتها ، إلا إذا حصل على إذن بذلك من المرسل . (القيد الثانى) أن للمرسل حق المؤلف على الرسالة ، كما سنرى أيضاً ، فلا يجوز للمرسل أن ينشر الرسالة أو جزءاً منها إلا بإذن المرسل[2] .

§ ٢ — الحق فى السرية

(droit au secret)

٢٦١ — الأساس الذى يقوم عليه الحق فى السرية : كان هناك رأى يذهب إلى أن الأساس الذى يقوم عليه الحق فى سرية الرسائل هو ميثاق ضمنى (pacte) يقوم بين المرسل والمرسل إليه ، بموجبه يتعهد المرسل إليه بالمحافظة على سرية الرسالة فلا يذيع مشتملاتها[3]. ولكن هذا الأساس لا يمكن

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٣ — بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٣٤٨٩ .

(٢) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٤ .

(٣) انظر فى هذا المعنى Person فقرة ١٢٢ ص ١٠١ — ص ١٠٢ — Tissier ص٢ ص ٤٢ — Péret ص ٦٩ وص ٧٧ — ص ٧٨ وص ٨٣ — روان ٢٣ مارس سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٤ — ٢ — ١٤٣ .

التسليم به ، فإن الميثاق المزعوم إذا سلمنا به من جانب المرسل ، فهو محض افتراض من جانب المرسل إليه الذى لا يعرف قبل أن يفتح الرسالة مضمونها حتى يتعهد بالمحافظة على سريتها . ثم إن الرسالة قد تقع فى يد الغير بمحض الصدفة أو باستيلاء الغير عليها ، فلا يمكن افتراض هذا الميثاق فى هذه الحالة ومع ذلك تحتفظ الرسالة بسريتها كاملة[1] .

لذلك عدل عن فكرة الميثاق الضمنى أساسا يقوم عليه الحق فى السرية ، إلى فكرة أن سرية الرسالة جانب من جوانب شخصية المرسل ، فهى حق من حقوق الشخصية (droit de personnalité) . وكما يجب احترام شخصية المرسل ، كذلك يجب احترام سرية رسائله . فليست السرية إلا جانبا من جوانب هذه الشخصية[2] .

٢٦٢ — الرسائل التى تتمتع بالحق فى السرية والأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بهذا الحق : أما الرسائل التى تتمتع بالحق فى السرية فهى الرسائل التى تحمل طابع السرية (lettres confidentielles) . وقد كان القائلون بأن الميثاق الضمنى هو الأساس الذى يقوم عليه الحق فى سرية الرسائل يجعلون معيار « طابع السرية » معيارا شخصيا قائما على نية المتراسلين ، فإذا انصرفت نيتهم إلى جعل الرسائل سرية فهذه النية هى التى تخلع على الرسالة طابع السرية . ولما عدل عن فكرة الميثاق الضمنى ، عدل معها عن هذا المعيار الشخصى ، إلى معيار موضوعى يتخذ من ظروف المرسل وظروف المرسل إليه وظروف التراسل والحالة الاجتماعية التى يوجد فيها الأشخاص ما يخلع على الرسالة طابع السرية . فالرسائل التجارية تحمل غالبا طابع السرية ، وبخاصة إذا كانت الرسالة موجهة من التاجر إلى ممثله يبعث فيها بتعليمات تتناول خصوصيات تجارته ، أو كانت الرسالة موجهة إلى تاجر تحمل معلومات عن حالة تاجر آخر وملاءته ومقدرته المالية وما إلى ذلك . والرسالة التى يبعث

---

(١) Jardel ص ٢٠٣ وما بعدها – Gény ١ ص ١٩٧ .

(٢) Gény ١ فقرة ٢٢٦ – أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا هامش ٤ مكرر – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٩٢ .

الموكل إلى محاميه قد تحمل طابع السرية ، وتحميها القواعد المتعلقة بسر المهنة . وقد تحمل طابع السرية الرسالة التى تبعث بها الخطيبة لخطيبها تكشف له فيها عن بعض أسرارها العائلية ، أو التى يبعث بها الخطيب لخطيبته يكشف فيها عن حالته المالية مثلا أو عن بعض أسراره العائلية . فالرسالة إذن تحمل طابع السرية أو لا تحمله حسب الظروف الموضوعية التى تحيط بالتراسل وبالمتراسلين[1]. وقد تحمل الرسالة طابع السرية فى بداية الأمر ، ثم تذاع لسبب مشروع كأن تقدم مستنداً أمام القضاء ، فلا تعود تحمل طابع السرية[2] .

والأصل أن الشخص الذى يحق له التمسك بالسرية هو المرسل ، ويتمسك بها ضد المرسل إليه أو أى شخص آخر تقع فى يده الرسالة . ولكن لما كانت السرية قائمة ، كما قلمنا ، على وجوب احترام حقوق الشخصية ، فأى شخص يذكر فى الرسالة ، سواء كان المرسل أو المرسل إليه أو أجنبيا ، بحيث يقترن ذكره بمعلومات من شأنها أن تستمد من حقوق شخصيته ما يضفى على الرسالة طابع السرية ، يجوز له أن يتمسك بالحق فى السرية[3] .

٢٦٣ — جزاء انتهاك حرمة السرية : وطابع السرية الذى تحمله الرسالة يتضمن قيداً هاما على ما للمرسل إليه من حق ملكية الرسالة ، فهو كمالك من حقه أن يتصرف فى الرسالة كما يشاء ، ولكن بشرط أن يحترم واجب السرية فلا ينتهك حرمتها ، ولا يذيع الرسالة بحيث يكشف عن أسرار من له الحق فى التمسك بالسرية على النحو الذى ذكرناه[4] .

---

(١) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٢ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٣ – ص ٢٩٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Let. mis. فقرة ٥٠ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ يوليه سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ – ١ – ٢٢٦ – Gény ١ ص ٢٢٣ هامش ٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٥ .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن حق الملكية فى الرسائل مقيد بقيود ، منها انتقال الملكية للمرسل إليه مجردة عن السر الدائل الذى يبقى ملكا للمرسل ، فلا يجوز للمرسل إليه نشرها ، وليس له أن يقدم رسالة للقضاء تتضمن سراً من أسرار المرسل (طنطا الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ – وانظر مصر قاضى الأمور الوقتية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) .

ولصاحب الشأن أن يتوقى أولا انتهاك حرمة السرية ، عندما يرى هذه الحرمة مهددة بالانتهاك . فله أن يطلب من القضاء المستعجل منع نشر الرسالة ، أو منع تقديمها إلى القضاء ، أو منع بيعها في المزاد العلني [1] .

فإذا انتهكت حرمة السرية فعلا ، كان أمام صاحب الشأن أن يطلب تعويضا عن انتهاك هذه الحرمة [2] . بل له في حالات استثنائية ، يقوم فيها مبرر كاف ، أن يطلب إعدام الرسالة [3] . ولكن ليس له أن يطلب استرداد الرسالة فقد خرجت من ملكه ودخلت في ملك المرسل إليه ، وفي إجبار المرسل إليه على رد الرسالة انتهاك حرمة ملكه انتهاكا لا يبرره انتهاك حرمة السرية [4] .

§ ٣ — حق المؤلف

(droit d'auteur)

٢٦٤ — للمرسل حق المؤلف على الرسالة : وإذا كانت الرسالة تنطوي على جانب من الابتكار ، كان للمرسل حق المؤلف عليها ، فهو الذي أنشأها وقام بجانب الابتكار فيها [5] .

فللمرسل إذن أن يقرر نشر الرسالة ، وله أن ينشرها . وله ، دون المرسل ، حق الاستغلال المالي ، فهو وحده الذي له حق المؤلف . وله دفع

---

(١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ١٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٦ — السين ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعي ١٩٢٨ — ٦١٦ .

(٢) كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٢ .

(٣) انظر في هذا المعنى Gény ١ ص ٢٠٦ — عكس ذلك كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٢ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) .

(٤) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ — ٢ — ٦٢٥ — Gény ١ ص ٢٠٥ . ولكن انظر في حالة موت المرسل إليه نقض فرنسي ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٢٦٣ — السين ١٨ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ٢٠٦ .

(٥) Gény ١ فقرة ١٤٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٦ — السين ٢٠ يوليه سنة ١٨٨٨ جازيت دي باليه ٨٨ — ٢ — ٢١٣ (رسائل Paul Baudry) — السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٥٨ (رسائل George Sand) — باريس ١٥ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٧٣ (رسائل Mérimée) .

الاعتداء عن حقه الأدبي في الرسالة ، كما له أن يسحبها من التداول إذا هي نشرت[١] .

وينتقل حق المؤلف من المرسل إلى ورثته[٢] . فينتقل إلى هؤلاء حق الاستغلال المالى ، كما ينتقل إليهم الحق الأدبي . وبموجب الحق الأدبي يكون للورثة الحق في تقرير نشر الرسالة أو عدم نشرها ، متوخين في ذلك بوجه خاص احترام إرادة المرسل صاحب الرسالة[٣] .

٢٦٥ — تقييد حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق في السرية : على أن حق المؤلف الثابت للمرسل على الرسالة يتقيد بحق الملكية المادية للمرسل إليه ، وبحق السرية في الرسالة .

فتقييد حق المؤلف بحق الملكية المادية للمرسل إليه يأتى من أن أصل الرسالة يكون عادة في يد المرسل إليه ، ويملكه هذا ملكية مادية على النحو الذى ذكرناه . فلا يستطيع المرسل أن ينتزع أصل الرسالة من يد المرسل إليه لنشرها إذا شاء ، إذ يجوز للمرسل إليه كما قدمنا أن يمتنع من رد أصل الرسالة إلى المرسل . فلا يبقى أمام المرسل ، إذا شاء نشر الرسالة ، إلا أحد أمرين : إما أن يكون قد احتفظ عنده بصورة من أصل الرسالة ينشرها متى أراد ، أو أن يتفق مع المرسل إليه على تسليمه الأصل لنشره ورده إليه بعد ذلك وقد يكون هذا في مقابل مبلغ من المال[٤] . وقد يستخلص من الظروف أن المرسل أراد أن ينقل إلى المرسل إليه ، مع ملكية الرسالة المادية ، حق المؤلف على الرسالة . فيكون للمرسل إليه في هذه الحالة حق نشر الرسالة لا باعتباره مالكا لها ملكية أدبية ، بل باعتباره متنازلا له عن حق المؤلف[٥] . وقد يستخلص من الظروف كذلك أن المرسل قد أذن للمرسل إليه في نشر

---

(١) السين ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ وباريس ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ دالloz ١٩٠٢ — ٢ — ١٧ .

(٢) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٥٨ — Gény ١ ص ٣٨١ — پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٥٩٦ .

(٣) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ — ٢ — ٦٢٥ — السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ Le Droit ٢١ مايو سنة ١٩٠٤ .

(٤) Gény ١ ص ٣٦٥ وص ٣٧٢ — Jardel ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ .

(٥) السين ٣٠ يونيه سنة ١٨٨٣ Ann. سنة ١٨٨٧ ص ١٠٨ — ص ١١٥ (رسائل Sainte-Beuve) — ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ١٧ — ولقاضى الموضوع =

الرسالة ، دون أن ينزل له بذلك عن حق المؤلف ، فيكون لكل من المرسل والمرسل إليه حق النشر . الأول بموجب حق المؤلف . والآخر بموجب الإذن الصادر من المرسل[1] .

ويتقيد حق المؤلف بالحق فى السرية ، إذا ثبت هذا الحق فى الرسالة للمرسل إليه أو لأجنبى على النحو الذى بيناه فيما تقدم[2] . وعند ذلك يمتنع على المرسل نشر الرسالة إلا بإذن من له الحق فى السرية ، وإلا كان لهذا الأخير أن يمنعه من النشر ، وإذا تم النشر دون إذنه كان له الحق فى الرجوع بالتعويض[3] . وإذا ثبت حق النشر للمرسل إليه ، كان على هذا ألا يخل بحرمة سرية الرسالة ، سواء تعلق حق السرية بالمرسل أو بأجنبى[4] .

§ ٤ – الحق فى الإثبات

(droit à la preuve)

٢٦٦ – قيمة الرسالة فى الإثبات – إحالة : كان الفقه والقضاء فى مصر ، فى ظل التقنين المدنى السابق ، يذهبان إلى أن للمرسل إليه أن يستخدم الرسالة كدليل إثبات على حق يدعيه عند المرسل . ثم إن ما ورد فى الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعا عليه منه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا ، على أن يترك ذلك لتقدير القاضى ، فإن الرسالة ليست فى الأصل معدة للإثبات وما يدونه المرسل فيها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه فى الورقة العرفية التى تعد مقدما للإثبات فيجب أن يكون هذا محلا للاعتبار[5] .

ـــ تقدير ما إذا كان المرسل قد نزل للمرسل إليه عن حق المؤلف . ولا يعتبر عدم احتفاظ المرسل بصورة من الرسالة إلا مجرد قرينة قضائية على نزوله عن حق المؤلف قد يأخذ بها القاضى فى بعض القضايا ولا يأخذ بها فى بعض آخر (أنسيكلوپيدى داللوز ٣ لفظ Let. mis. فقرة ٦٥) .

(١) السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ – ٣ – ١١٢ – Gény ١ ص ٣٧٢ وهامش ٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٦٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢٦٣ .

(٤) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ٢ – ٣٥٨ – السين دائرة الجنح ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٣ – ٢ – ٢٧٣ – Gény ١ ص ٣٧١ – پلانيول و ريپير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ ص ٥٩٦ .

(٥) انظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ .

أما التقنين المدنى الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضى ، بل نص فى المادة ١/٣٩٦ منه على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية فى الإثبات » . وقد سلب القاضى بهذا النص حريته فى التقدير ، فلم يعد يستطيع ، إذا رأى المرسل لم يحتط فى رسالته ، أن يرفع عن الرسالة حجيتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع فى ظل التقنين المدنى السابق . فمتى كانت الرسالة موقعة من المرسل، استوفت شرائط الورقة العرفية، وثبتت لها قيمة الدليل الكامل . فهى حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أوخطه . وهى أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة . وهى أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التى يسمح بها القانون[1]. أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهى تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة .

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى ماقدمناه فى الجزء الثانى من الوسيط[2] .

٢٦٧ – متى يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالرسالة — إحالة : الأصل أن للمرسل إليه ، كما قدمنا ، أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلا لصالحه ضد المرسل ، متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك . فإذا تضمنت الرسالة اتفاقا تم بينه وبين المرسل ، أو التزاما تعهد به المرسل ، أو مخالصة أو إبراء أو إقرارا أو نحو ذلك ، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة فى أن يقدم الرسالة دليلا للإثبات . وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة فى حق المرسل إليه ، كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب[3] . على ألا يكون فى كل

---

(١) « والذى لا يزال يفرق فى نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للإثبات ، حتى فى ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضى عند تفسيره للعبارات الواردة فى الرسالة الموقعة – إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدما للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض فى غير المسائل التجارية – لابد أنه ملق بالا إلى أن كاتب هذه العبارة لم يصطنع الحيطة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطا قانونيا ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذى كتبت فيه » (الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ ص ٢٦٠) .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ١٣٢ ص ٢٥٨ – ص ٢٥٩ .

(٣) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٨٨ .

هذا انتهاك لحرمة السرية ، وإلا لم يجز للمرسل إليه أن يتقدم الرسالة إلى القضاء ، وجاز للمرسل أن يطلب استبعادها وأن يرجع بالتعويض. وينتقل حق المرسل إليه فى الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته من بعده ، فلهم استعمالها كخلف له فى نفس الحدود التى يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى ما قدمناه فى الجزء الثانى عن الوسيط[1] .

٢٦٨ — متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة — إحالة : ويجوز كذلك للغير ، إذا كانت له مصلحة مشروعة ، أن يحتج بالرسالة ، كأن تتضمن الرسالة إقرارا من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطا لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه فى الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوى على دليل إثبات . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد لا من حق الملك ، بل من الحق فى الإثبات[2] . وهو حق ضيق فى التشريع المصرى ، فإن المادة ٢٥٣ مرافعات لا تجيز للخصم — وهو هنا الغير — أن يطلب إلزام خصمه — وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير — بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التى تتضمن دليلا لمصلحة الغير ، إلا إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أوكانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون فى تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها ، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذى طلب تقديم الرسالة .

وهذا كله لو كانت الرسالة فى يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع فى يد الغير الذى له مصلحة مشروعة فى الاحتجاج بها . فإن وقعت فى يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا ، لم يجز له تقديمها بتاتا ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت فى يده بطريقة مشروعة ،

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ١٣٣ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا هامش ٤ مكرر — Gény ٢ ص ٨٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٧ .

فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا بإذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات فى الأحوال التى قدمناها فيجوز له تقديمها عندئذ بغير إذن المرسل إليه .

وفى جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة إذا كان فى تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل ، ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذى يحتج بها ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه كما قدمنا ، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك .

ونحيل فى تفصيل ذلك إلى ما قدمناه فى الجزء الثانى من الوسيط[1] .

الفرع الثانى

حق المخترع

أو الملكية الصناعية

(droit d'inventeur-droit de propriété iudustrielle)

٢٦٩ — الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية : يعد هذا الموضوع عادة من موضوعات القانون التجارى ، لذلك نوجز القول فيه هنا لنستتم به صورة الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية المتعلقة بالفكر ، تاركين الملكية التجارية فهى من أخص موضوعات القانون التجارى وهى فوق ذلك لا تتعلق بالفكر .

والأنواع الرئيسية لحق المخترع ، أو لما يسمى عادة بالملكية الصناعية ، ثلاثة : (١) براءات الاختراع (brevets d'invention) . (٢) الرسوم والنماذج الصناعية (dessins et modèles) . (٣) العلامات والبيانات التجارية (marques de fabrique et mentions commerciales) .

ونفرد براءات الاختراع لأهميتها بمبحث ، وفى المبحث الثانى نجمع سائر أنواع الملكية الصناعية من رسوم ونماذج صناعية ومن علامات وبيانات تجارية[2] .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ١٣٤ — وانظر فى قوة البرقية فى الإثبات الوسيط ٢ فقرة ١٣٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات —

= الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية – وهو القانون الذى أعقب القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ومجموع القانونين ينتظم أهم التشريعات الخاصة بما يسمى بالملكية الصناعية – ما يأتى : « دعت ضرورات النهوض بالصناعة والتجارة إلى تنظيم حماية الملكية الصناعية . فأخذت الدول منذ قبيل القرن التاسع عشر تضع النظم وتسن القوانين التى تكفل تحقيق الحماية على الوجه الأكمل للعناصر الثلاثة الرئيسية للملكية الصناعية ، وهى العلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ولم يقتصر نشاط الدول فى هذه الناحية على التشريعات الداخلية ، بل أدى التطور الاقتصادى والتنافس التجارى إلى تنظيم دولى للملكية الصناعية . فوضعت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ ، ثم عدلت فى مؤتمرات بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ وواشنطون فى ٢ يونيه سنة ١٩١١ ولاهاى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٢٥ ولندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ ، كما أنشىء فى برن المكتب الدولى لحماية الملكية الصناعية . وظلت مصر منذ بدء حركة التقنين الحديث فيها بمعزل عن تلك الحركة العالمية ، فخلا التشريع المصرى من النصوص المنظمة لهذا النوع من الملكية . وكل ما هنالك أن المجموعة المدنية الأهلية (١٨٨٣) قد نصت فى المادة ١٢ منها على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولا مقابل لهذا النص فى المجموعة المدنية المختلطة (سنة ١٨٧٥) . وكذلك نص قانون العقوبات المصرى على الجزاءات الخاصة بهذا الشأن فى المواد ٣٤٨ و٣٤٩ و٣٥٠ . ولما كان القانون المشار إليه فى المادة ١٢ لم يصدر بعد ، فقد ظلت النصوص الجنائية معطلة . وإزاء هذا النقص فى التشريع لم يكن بد من أن يرجع القضاء المختلط إلى مبادىء العدالة والقانون الطبيعى لتقرير حق المخترع وتحديد نطاقه ، معتمداً على المبادىء المسلمة فى القانون المقارن والاتفاقات الدولية . ووضع فى المحاكم المختلطة نظام إدارى لتسجيل الاختراعات بطريق الإيداع فى قلم الكتاب ، بغية الوصول إلى نوع ولو يسير من الحماية القائمة على أساس من القانون الطبيعى . ولما كان هذا النظام يقصر عن تحقيق حماية الملكية الصناعية بالأوضاع المألوفة ، فقد أخذت مصر تساير الحركة العالمية ، وأصدرت القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ولا يزال مع هذه الخطوة نقص فى التشريع المصرى فيما يختص بالملكية الصناعية ينبغى سده بحماية الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية . ومتى تم لمصر ذلك أمكنها أن تنضم للاتفاقية الدولية لحماية الملكية الصناعية ، وأن تشترك تبعا لذلك فى المكتب الدولى ببرن » .

هذا وإلى جانب اتفاقية باريس الدولية المبرمة فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والمشار إليها فى المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر يوجد :

(١) معاهدة مدريد (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالتسجيل الدولى للعلامات التجارية والصناعية والمبرمة فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، وقد عدلت الاتفاقية فى بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، وواشنجتون فى ٢ يونيه سنة ١٩١١ ، ولاهاى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ – (٢) معاهدة لاهاى (ولائحتها التنفيذية) الخاصة بالإيداع الدولى للرسوم والنماذج الصناعية والمبرمة فى ٦ نوفبر سنة ١٩٢٥ ، والمعدلة فى لندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ (٣) معاهدة مدريد الخاصة بقمع بيانات المصدر غير المطابقة للحقيقة الموضوعة على البضائع والمبرمة فى ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ ، والمعدلة فى واشنجتون فى ٢ يونيه سنة ١٩١١ ، ولاهاى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ .

المبحث الأول

براءات الاختراع (*)

٢٧٠ — صفة المخترع ووجوب حمايته : قدمنا[1] أن حق المخترع ، كحق المؤلف ، ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يقع على شيء غير مادي ، فهو إذن حق عيني أصلي منقول .

وكما وجبت حماية حق المؤلف ، وجبت كذلك حماية حق المخترع ، فالحقان ثمرة من ثمرات الفكر والابتكار . بل إن حماية حق المخترع سبقت في التشريع المصري حماية حق المؤلف ، إذ صدر القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ خاصا ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وقد عدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ . وصدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزاري رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٥١ ، وقد عدل هذا القرار بالقرارات رقم ٢٧١ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨ ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠[2] .

= وقد وافقت مصر على هذه الاتفاقيات جميعا بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٠ . ثم صدر مرسوم في ٢١ مايو سنة ١٩٥١ بإصدارها والعمل بها اعتبارا من أول يوليه سنة ١٩٥١ فيما يتعلق باتفاقية باريس ، واعتبارا من أول يوليه سنة ١٩٥٢ فيما يتعلق بالاتفاقيات الأخرى .

(*) مراجع : Pouillet في براءات الاختراع الطبعة السادسة – Claro, Taillefer سنة ١٩١٥ – Allart في براءات الاختراع الطبعة الثالثة سنة ١٩٣١ – Wienmann, Moureaux الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ – Casalouga جزءان سنة ١٩٤٩ .

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ في آخرها .

(٢) وسبق القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفي هذين القانونين تجمعت العناصر الثلاثة لما يسمى بالملكية الصناعية : العلامات والبيانات التجارية ، وبراءات الاختراع ، والرسوم والنماذج الصناعية :

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع في هذا الصدد : « أما مصر فقد بدأت في سنة ١٩٣٩ بتشريع مستقل للعلامات والبيانات التجارية . وقد روعي في التشريع المرافق الجمع في قانون واحد بين العنصرين الباقيين ، وهما الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية لما بينهما من علاقة تسوغ هذا الجمع ، لأن كلا من العنصرين إن هو إلا إنتاج فكري يستخدم في الصناعة . إذ تقوم براءات الاختراع لحماية الصناعة وذاتها . كما يقوم تسجيل الرسوم والنماذج =

ويتمثل حق المخترع فى براءة اختراع تمنح له متى استوفى حقه الشروط الواجبة . وتسجل هذه البراءة فيضفى التسجيل عليها حماية تفرض واجبات وحقوقا لصاحب البراءة ، وقد نظم القانون فوق ذلك طرقا حاسمة لهذه الحماية . فنتكلم فى هذه المسائل الثلاث : (١) الشروط الواجب توافرها فى حق المخترع لمنح براءة الاختراع . (٢) واجبات صاحب البراءة وحقوقه . (٣) طرق حماية براءة الاختراع .

§ ١ – الشروط الواجب توافرها فى حق المخترع لمنح براءة الاختراع

٢٧١ – شروط أربعة : تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على ما يأتى : « تمنح براءة اختراع ، وفقا لأحكام هذا القانون ، عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى ، سواء أكان متعلقا بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثة أم بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة » .

ويخلص من هذا النص أن الشروط الواجب توافرها فى الاختراع لمنح براءة تحميه هى : (أولا) أن ينطوى الاختراع على ابتكار . (ثانيا) أن يكون هذا الابتكار جديداً . (ثالثا) أن يكون هذا الاختراع المبتكر الجديد قابلا للاستغلال الصناعى . (رابعا) وهذا شرط سنراه فى المادة الثانية من نفس القانون ، ألا يكون فى الاختراع إخلال بالآداب أو بالنظام العام .

٢٧٢ – الشرط الأول – أن ينطوى الاختراع على ابتكار : وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه حماية حق المخترع ، فلولا هذا الابتكار

= الصناعية لحماية الفن التطبيقى فى الصناعة ، ومناط الحماية بالنسبة إلى كل منهما هو عنصر الابتكار والجدة . وقد روعيت فى المشروع المرافق أحكام الاتفاقية الدولية للملكية الصناعية باعتبارها نظاماً نمطا يحتذى وحدا أدنى يجب التزامه فى التشريع الداخلى ، حتى إذا ما انضمت مصر إلى الاتفاقية كان تشريعها متسقا وأحكام الاتفاقية المذكورة . كذلك أخذ المشرع بالمبادئ المقررة فى التشريعات الحديثة ، وخاصة التشريع السويسرى (سنة ١٩٠٧) والتشريع الإيطالى (سنة ١٩٣٤) والتشريع الألمانى (سنة ١٩٣٦) والتشريع الفنلندى (سنة ١٩٤٣) ، ولم يغفل مع ذلك مراعاة ظروف البيئة ومسايرة أحوال النهضة الصناعية »

الذى ينطوى عليه الاختراع لما استحق الحماية ، فحق المخترع إنما هو ثمرة من ثمار فكر الإنسان وابتكاراته . ولا يراد بالابتكار أن يكون ابتداعا رائعا ، بل يكفى أى قدر من الابتكار أيا كانت قيمته . والمهم أن يكون شيئا غير معهود من قبل ، وقد ابتدعه فكر الإنسان . فاختراع آلة جديدة ، أو مادة كيماوية جديدة للقضاء على مرض من أمراض الحاصلات الزراعية ، أو دواء جديد لعلاج مرض من أمراض الإنسان أو الحيوان ، أو وسيلة نقل جديدة لم تكن معروفة من قبل ، أو صبغة جديدة تلون بها الأقمشة أو الشعر ، أو أمواس حلاقة جديدة غير الأمواس المعروفة فى الأسواق . ونحو ذلك ، كل هذه اختراعات تنطوى على ابتكار . وهى كلها تتعلق بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة . وقد لا يكون الاختراع متعلقا بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة . ولكن بتطبيق جديد لطرق معروفة من قبل ، كجعل جهاز التسخين صالحا كجهاز للتبريد فى وقت واحد . واستخدام الكهرباء لنقل الصوت بطريق التلفون والراديو ، أو نقل الصورة والضوء بطريق التلفزيون .

كل هذه اختراعات تنطوى على قدر من الابتكار يتفاوت قوة وضعفا . ولكنه ابتكار على كل حال . ومن ثم يستحق الحماية .

٢٧٣ — الشرط الثانى — أنه يكون الابتكار جديدا : والغرض من أن يكون الابتكار جديداً ليس هو مجرد تكرار لشرط الابتكار . فكل ابتكار يستحدث جديداً كما قدمنا . ولكن المقصود أن يكون هذا الابتكار الذى استحدث جديداً لم يكن معروفا من قبل . بل يكون المخترع الذى يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره فى التعريف بهذا الاختراع . وقد حددت المادة ٣ من قانون براءات الاختراع المعنى المقصود بالجدة فى هذا الصدد . فقالت : « لا يعتبر الاختراع جديداً كله أو جزء منه فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة لتاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق استعمال الاختراع بصفة علنية فى مصر ، أو كان قد شهر عن وصفه أو عن رسمه فى نشرات أذيعت فى مصر وكان الوصف أو الرسم الذى نشر من الوضوح بحيث يكون فى إمكان ذوى الخبرة استغلاله . (٢) إذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة على تاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق إصدار براءة عن الاختراع أو عن

جزء منه لغير المخترع أو لغير من آلت إليه حقوقه ، أو كان قد سبق للغير أن طلب براءة عن الاختراع ذاته أو عن جزء منه فى المدة المذكورة » .

فالجدة هنا معناها إذن السبق إلى التعريف بالاختراع (١) .

٢٧٤ – الشرط الثالث – أن يكون الاختراع قابلا للاستغلال الصناعى :

والمقصود بالاستغلال الصناعى ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة ، بل كل استغلال اقتصادى ولو لم يكن صناعيا . فتدخل الاختراعات الصناعية والاختراعات فى ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر ، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد فى الزراعة أو نوع جديد من البذور .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يقصد بعبارة الاستغلال الصناعى قصر استخدام الاختراع على الصناعة بالمعنى الضيق ، بل ذلك يتناول الصناعة بمعناها الأعم ، ومنها استخدام الاختراع (آلة جديدة مثلا) فى الزراعة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر . ولا يتناول النص المنتجات الزراعية فى ذاتها كاستنبات نوع جديد من البذور أو الحاصلات ، فإن هذا لا يعتبر اختراعا يشمله القانون

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع : « وقد اختلفت التشريعات فى تحديد معنى الجدة اللازمة للحصول على براءة الاختراع ، ويمكن تقسيمها فى هذا الصدد إلى ثلاث شعب : (الشعبة الأولى) تعتبر الاختراع فاقدا عنصر الجدة إذا كان قد نشر عنه قبل طلب البراءة نشراً كافيا لتنفيذه ، سواء أحصل هذا النشر داخل الدولة أم خارجها (قوانين فرنسا وسوريا ولبنان وبوليفيا والبرازيل وشيلى) . (الشعبة الثانية) لا تعتبر النشر أو الاستعمال السابق على تقديم طلب البراءة قاضيا على عنصر الجدة إلا إذا كان قد حصل النشر أو الاستعمال فى داخل الدولة ذاتها (قوانين انجلترا واليابان والنرويج وسويسرا) . (الشعبة الثالثة) تميز بين النشر عن طريق المطبوعات وطرق النشر الأخرى كالاستغلال والعرف .. الخ ، وتعتبر مجرد النشر عن طريق الطباعة قاضيا على عنصر الجدة سواء أحصل فى الخارج أم فى الداخل ، أما النشر بالطرق الأخرى فلا يكون له ذلك الأثر إلا إذا تم فى داخل الدولة (قوانين ألمانيا والنمسا ويوغوسلافيا) . وقد ساير المشروع المبدأ السائد فى قوانين دول الشعبة الثانية ، فأخذ نص المادة الثالثة من المادة السابعة من القانون الإنجليزى مع تعديلها بما يوافق وجهته فى عدم الأخذ بالنظام الإنجليزى الذى يتطلب الفحص السابق . فبمقتضى المشروع يعتبر عنصر الجدة متوافراً إذا لم يكن قد نشر عن الاختراع فى مصر ، وفى هذه الخطة تشجيع لطلب براءات فى مصر عن اختراعات جرى النشر عنها فى الخارج حتى تستفيد البلاد فى نهضتها الصناعية من الاختراعات الأجنبية » .

بالحماية . وذكر عبارة الاستغلال الصناعى مقصود به استبعاد الابتكارات النظرية البحتة ، ككشف قانون جديد للجاذبية أو الكثافة . وإذن فالعالم الذى يكشف عن نظرية علمية جديدة لا يجوز أن يطلب عنها براءة اختراع . وعلى الجملة فإن قصد المشروع هو حماية المنتجات والطرق الصناعية الجديدة ، وكذلك التطبيق الجديد لهذه الطرق » .

وقد سميت النظريات العلمية البحتة التى لم تعد للاستغلال الاقتصادى بالملكية العلمية (propriété scientifique) . وهذه لم يصل القانون إلى اليوم إلى الحد الذى يضفى فيه على هذه النظريات الحماية التى يضفيها على حق المؤلف أو حق المخترع .

٢٧٥ — الشرط الرابع — ألا يكون فى الاختراع إخلال بالأدب أو بالنظام العام : وفى خصوص هذا الشرط تنص المادة ٢ من قانون براءات الاختراع على ما يأتى : « لا تمنح براءة اختراع عما يأتى : (ا) الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام . (ب) الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، إلا إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيمائية خاصة ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا تنصرف البراءة إلى المنتجات ذاتها بل تنصرف إلى طريقة صنعها » .

ويخلص من هذا النص أن أى اختراع ينشأ عن استغلاله إخلال بالآداب أو بالنظام العام لا يجوز أن تمنح عنه براءة اختراع . فمن اخترع آلة للمقامرة ، ومن كشف عن عقاقير تصنع بعمليات كيمائية خاصة ويكون الغرض منها الإجهاض ، ومن صنع جهازا يكون الغرض منه منع فض البكارة فى أثناء الاتصال الجنسى ، ومن صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقبها خفية للتمكن من السرقة ، كل هؤلاء يكونون قد وصلوا إلى الكشف عن اختراعات فى استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام ، فلا يجوز أن تمنح لهم براءات عن هذه الاختراعات .

وكل اختراع كيمائى يتعلق بالأغذية . وكل العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، لا يجوز أن يحتكرها مخترعوها ، فهى ملك شائع للجميع لضرورتها

لتغذية الجسم ولصحته . فلا يجوز أن يمنح عنها براءات اختراع ، لمخالفة ذلك للنظام العام . والممنوع هنا هو منح براءة اختراع عن المنتجات ذاتها ، من منتجات كيمائية متعلقة بالأغذية ومن عقاقير طبية ومركبات صيدلية . أما إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيمائية خاصة كشف عنها المخترع ، فإنه من الممكن أن يمنح براءة اختراع عن العمليات الكيمائية الخاصة التى كشفها . ولكن لا يمنح براءة اختراع عن الأغذية والعقاقير والمركبات ، فهذه يجوز للجميع إنتاجها بأية طريقة . بشرط ألا تكون الطريقة أو العملية الكيمائية الخاصة التى منحت لها براءة الاختراع(١) .

§ ٢ – واجبات صاحب براءة الاختراع وحقوقه

٢٧٦ – الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع وقيدها فى السجل الخاص : تنص المادة ١٥ من قانون براءات الاختراع على أن « يقدم طلب البراءة من المخترع أو ممن آلت إليه حقوقه إلى إدارة براءة الاختراع ، وفقاً للأوضاع والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية . ولا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أكثر من اختراع واحد »(٢) . ويرفق

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أشارت المادة الثانية إلى أنواع معينة من الاختراعات لا تمنح عنها براءات لأسباب تتعلق بالآداب أو النظام العام أو الصحة العامة . وهذا تمشى مع الاتجاه التشريعى العام (القانون السويسرى م ٢ – والقانون الفرنسى م ٢ – والقانون الفنلندى م ١٤) . فلا تمنح براءات عن الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها إخلال بالآداب أو بالنظام العام ، ولا عن الاختراعات التى تتعلق بالأغذية أو بالعقاقير الطبية أو بالمركبات الصيدلية ، لما فى احتكار إنتاج هذه المواد من إضرار بالصحة العامة . ومع ذلك فالمنع الخاص بهذه الاختراعات الكيمائية المنصوص عليها فى المادة ٢ (فقرة ب) لا ينصرف إلا إلى المنتجات ذاتها ، لا إلى طريقة صنعها . وفى الأخذ بنظام منح البراءة عن طريقة صنع المواد الكيمائية ، لا عن المنتجات الكيمائية ذاتها ، تشجيع الصناعات الكيمائية ، مؤد لازدهارها ، وهذه هى الطريقة التى اتبعها المشرع الألمانى . وفى كل ذلك توفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمخترع . كذلك لا تعطى براءة الاختراع عن الخطط والوسائل الخاصة بالشؤون المالية وشؤون الائتمان » .

(٢) وتنص المادة ٥ من قانون براءات الاختراع على ما يأتى : « للأشخاص الآتى ذكرهم حق طلب براءات الاختراع :(١) المصريين . (٢) الأجانب الذين يقيمون فى مصر ، أو الذين لهم فيها مؤسسات صناعية أو تجارية .(٣) الأجانب الذين ينتمون إلى بلاد تعامل مصر معاملة –

بطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلاله . ويجب أن يشتمل الوصف بطريقة واضحة على العناصر الجديدة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها ، ويرفق بالطلب رسم للاختراع عند الاقتضاء . وذلك كله بالكيفية التي تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦ قانون براءات الاختراع)[١] .

وتفحص إدارة براءات الاختراع طلب البراءة للتحقق من أن الطلب مقدم من المخترع أو ممن آلت إليه حقوقه ، ومن أن الوصف والرسم يصوران الاختراع بكيفية تسمح لأرباب الصناعة بتنفيذه . ومن أن العناصر المبتكرة التي يطلب صاحب الشأن حمايتها واردة في الطلب بطريقة محددة واضحة (م ١٨)[٢] . فإذا ما تحققت الإدارة من كل ذلك ، قامت بالإعلان عن الطلب ، وعندئذ يجوز لكل ذى شأن أن يقدم للإدارة إخطارا كتابيا بمعارضته في إصدار البراءة ويشتمل الإخطار على أسباب المعارضة (م ٢٠–٢١) . وتفصل

= المثل ، أو يقيمون بتلك البلاد ، أو يكون لهم فيها محل حقيقي . (٤) الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار أو العمال ، التي تؤسس في مصر أو بلاد تعامل مصر معاملة المثل ، متى كانت متمتعة بالشخصية المعنوية ، (د) المصالح العامة » .

(١) ويوجد وكلاء متخصصون في النيابة عن الغير لاتخاذ إجراءات تسجيل براءات الاختراع يسمون « وكلاء البراءات » . وقد تدخل المشرع لتنظيم هذه المهنة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة وكلاء البراءات .

(٢) وتنص المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا ظهر لإدارة براءات الاختراع أن الاختراع خاص بشئون الدفاع ، أو أن له قيمة عسكرية ، فعليها أن تطلع وزارة الحربية والبحرية فورا على طلب البراءة والوثائق الملحقة به . ولوزير الحربية والبحرية أن يعارض في إعلان طلب البراءة إذا رأى فيه مساسا بشئون الدفاع ، وله وللسبب نفسه أن يعارض في نشر أو إعلان القرار الصادر بمنح البراءة لصاحب الاختراع ، وذلك في ظرف شهر من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ صدور القرار . ولوزير الحربية والبحرية في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب البراءة المعارضة في منح البراءة للطالب مقابل شراء الاختراع منه ، أو الاتفاق معه على استغلاله » .

وتنص المادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « يجوز بقرار من وزير التجارة والصناعة نزع ملكية الاختراعات لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو بالدفاع الوطني . ويصبح أن يكون ذلك شاملا جميع الحقوق المترتبة على البراءة أو على الطلب المقدم عنها ، كما يصح أن يكون مقصورا على حق استغلال الاختراع لحاجات الدولة . وفي هذه الأحوال يكون لصاحب البراءة الحق في تعويض عادل . ويكون تقدير التعويض بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة ٢٢ . ويكون التظلم من قرارها أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، وفي ظرف ثلاثين يوما من تاريخ إعلان قرار اللجنة للمتظلم » .

فى المعارضة لجنة إدارية من ثلاثة أعضاء ، ولها أن تستعين برأى ذوى الخبرة ، والقرار الصادر منها بقبول المعارضة أو برفضها يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى بمجلس الدولة (م ٢٢ – ٢٣) . فإذا ما بت نهائيا فى منح البراءة لطالبها ، منحت له بقرار من الوزير المختص . ويعد بالوزارة المختصة سجل يسمى « سجل براءات الاختراع »[١] ، تقيد فيه البراءات وجميع البيانات المتعلقة بها[٢] .

---

(١) وهذا السجل يجوز للجمهور الاطلاع على البيانات المقيدة فيه وأخذ صور منها ، وقد نصت المادة ٢٧ من قانون براءات الاختراع على أن « لكل شخص أن يحصل على صور من طلبات البراءات والمستندات الخاصة بها ، وعلى مستخرجات من سجل براءات الاختراع . وله كذلك أن يطلع على الطلبات والمستندات والسجل ، وذلك بالكيفية المبينة باللائحة التنفيذية » .

(٢) ولم يأخذ النظام المصرى بطريقة الفحص السابق التى أخذ بها النظام الإنجليزى ، وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « وهناك نظامان رئيسيان فيما يتعلق ببراءات الاختراع : أحدهما النظام الفرنسى وهو يقوم على حرية منح البراءة بمجرد الإيداع دون فحص أو معارضة ، والثانى النظام الإنجليزى وهو يقوم على منح البراءة بعد الفحص الدقيق للتحقق من توافر العناصر الموضوعية التى يستلزمها القانون فى الاختراع مع فتح باب المعارضة . وبين هذين النظامين نظم وسطى تتدرج من النظام الفرنسى إلى النظام الإنجليزى ، منها التشريع السويسرى والبولونى اللذان أخذا بنظام الإيداع بشروط خاصة ، والتشريع المجرى والتشريع اليوغوسلافى اللذان زادا على التشريعين المشار إليهما فتح باب المعارضة للغير قبل منح براءة الاختراع ، وتشريع كندا وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية وقد أخذا بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة مع عدم جواز المعارضة وهما يقتربان من النظام الإنجليزى ، وأخيراً التشريع الألمانى الذى ساير النظام الإنجليزى فى الأخذ بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة مع فتح باب المعارضة للغير قبل إصدار البراءة . وفى الأخذ بالنظام الفرنسى عيب جوهرى ، إذ أنه يمنح براءات الاختراع بمجرد الإيداع ، مما يؤدى إلى منح براءات عن أشياء لا تعتبر اختراعا بالمعنى الذى يستأهل من المشروع الحماية القانونية . ولا وجود لهذا العيب فى النظام الإنجليزى ، إذ هو يقتضى لمنح البراءة فحصاً سابقا وتحقيقا دقيقاً تقوم عليهما أداة حكومية تتوافر لديها الوسائل الفنية اللازمة ولها تقاليدها وخبرتها فى مختلف العلوم والفنون . لذلك أخذ الفكر التشريعى فى البلاد المختلفة يعدل عن نظام الإيداع البسيط ، وينزع نحو الأخذ بنظام الفحص السابق . وإذا كان من غير الملائم أن تأخذ مصر فى إبان نهضتها الصناعية بالنظام الفرنسى الذى بدأت الدول تعدل عنه ، كما أنه ليس من الميسور عملا أن تبدأ بالأخذ بالنظام الإنجليزى (وها هى إيطاليا بعد أن عدلت نظامها فى سنة ١٩٣٤ من الإيداع إلى الفحص السابق لم تتمكن من تطبيق النظام الأخير جملة ، واضطرت إلى تأجيل تنفيذه) ، إذا كان ذلك كذلك فقد رؤى اتباع طريق وسط : لهذا آثر المشروع أن يحتذى المشرع السويسرى فى الأخذ بطريقة الإيداع المقيد بشروط خاصة ، ولكنه زاد عليها فتح باب المعارضة كما هو الشأن فى قوانين المجر ويوغوسلافيا وجنوب إفريقية . –

٢٧٧ — واجبات صاحب براءة الاختراع : على صاحب براءة الاختراع ، متى قيدت البراءة فى السجل الخاص بذلك ، أن يدفع رسوما قدرها القانون . وعليه أيضاً أن يستغل الاختراع فى مصر فى خلال مدة معينة من تاريخ منح البراءة ، وإلا جاز لإدارة البراءات أن تكل استغلال الاختراع لشخص آخر بشروط معينة .

أما عن الرسوم الواجب على صاحب البراءة دفعها ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون براءات الاختراع فى هذا الخصوص على أن « يدفع عند تقديم طلب البراءة أو طلب التجديد رسم قدره خمسة جنيهات . ويدفع رسم سنوى ابتداء من السنة الثانية لغاية انتهاء مدة البراءة ، ويكون هذا الرسم مائة قرش عن السنة الثانية ، ويزداد سنويا بإضافة خمسين قرشا على رسم السنة السابقة . ولا ترد هذه الرسوم بحال » .

وأما عن وجوب استغلال الاختراع فى مصر فى خلال مدة معينة ، فقد نصت المادة ٣٠ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا لم يستغل الاختراع فى مصر خلال ثلاث سنين من تاريخ منح البراءة ، أو عجز صاحبه عن استغلاله استغلالا وافيا لحاجة البلاد ، وكذلك إذا أوقف استغلال الاختراع مدة سنتين متتاليتين على الأقل، جاز لإدارة البراءات أن تمنح رخصة إجبارية باستغلال الاختراع لأى شخص رفض صاحب البراءة التنازل له عن حق الاستغلال أو علق تنازله على شروط مالية باهظة . ويشترط لمنح الرخصة الإجبارية أن يكون طالبها قادرا على استغلال الاختراع بصفة جدية ، ويكون لصاحب البراءة الحق فى تعويض مناسب . وعلى إدارة البراءات أن تعلن صاحب البراءة بصورة من الطلب المذكور ، وعليه أن يقدم لها فى الميعاد الذى تحدده اللائحة التنفيذية ردا كتابيا على هذا الطلب . وإذا لم يصل الرد فى الميعاد المحدد ، أصدرت الإدارة قراراً بقبول الطلب أو رفضه ، ولها أن تعلق القبول

= وبذلك يمكن تحقيق بعض نتائج نظام الفحص الكامل . وقد توخى المشروع أن يكون بالأداة الحكومية القائمة على التنفيذ لجنة تفصل فى المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع ، مع إجازة الطعن أحيانا فى قراراتها أمام القضاء . والنظام المقترح يؤدى إلى تدريب الأداة الحكومية الجديدة ، وتكوين نواة من الفنيين تمكن فى المستقبل من الأخذ بالنظام الإنجليزى المعتبر فى المجال الدولى نظاما نموذجيا »

على ما تراه من الشروط . وقرار الإدارة قابل للطعن أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ، فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إخطار صاحب الشأن به»[1].
ونصت المادة ٣١ من نفس القانون على أنه « إذا رأت إدارة براءات الاختراع ، برغم فوات المواعيد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، أن عدم استغلال الاختراع يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادة صاحب البراءة ، جاز لها أن تمنحه مهلة لاتتجاوز سنتين لاستغلال الاختراع على الوجه الأكمل » .

٢٧٨ — حقوق صاحب براءة الاختراع : تخول البراءة مالكها ، دون غيره [2] ، الحق فى استغلال الاختراع بجميع الطرق (م ١٠) . ويجوز لطالب البراءة أن يقوم باستغلال اختراعه من تاريخ تقديم الطلب (م ١٧) . ويكون له الحق ، من ذلك التاريخ ، فى استغلال اختراعه مدة خمس عشرة سنة . وله أن يطلب بعد ذلك تجديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ، بشرط أن يطلب التجديد فى السنة الأخيرة وأن يثبت أن للاختراع أهمية خاصة ، وأنه لم يجن منه ثمرة تتناسب مع جهوده ونفقاته . أما البراءات التى تمنح عن الاختراعات الكيمائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد .

---

(١) وتنص المادة ٣٦ من قانون براءات الاختراع على أنه « إذا لم يستغل الاختراع فى مصر فى السنتين التاليتين لمنح رخصة إجبارية ، جاز لكل ذى شأن أن يطلب إلى إدارة براءات الاختراع إلغاء البراءة الممنوحة عنه » .

(٢) وقد نصت المادة ١١ من قانون براءات الاختراع على أنه « لا يسرى حكم البراءة على من كان يستغل الاختراع صناعيا أو قام بالأعمال اللازمة لاستغلاله بحسن نية قبل تقديم طلب البراءة ، فيكون له حق استغلال الاختراع لحاجات منشأته ، دون أن ينتقل هذا الحق مستقلا عن المنشأة ذاتها » . وفى هذا النص حماية كافية لحائز الاختراع بحسن نية ، دون أن يكون هو المخترع الذى يمنح البراءة . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « ويترتب على منح البراءة الاعتراف للمالك دون غيره بحق استغلال الاختراع ، مع رعاية حق مستغل الاختراع أو من قام بالأعمال اللازمة للاستغلال بحسن نية فى مصر ، إذ له حق حيازة شخصى ولا يجوز التمسك بالبراءة ضدها . ولما كان هذا الحق الشخصى استثناء لا يجوز التوسع فيه ، فقد وجب قصره على استعمال الاختراع لحاجة منشأة صاحب حق الحيازة الشخصى ، ولم يجز له نقله إلى الغير إلا مع المنشأة ، وذلك وفقاً لما هو مقرر فى القانون السويسرى (م ٨) » .

ولصاحب البراءة ، فى المدة التى تبقى فيها البراءة نافذة ، أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض ، وأن يرهنها ، ويجوز الحجز عليها من دائنيه ، وتنتقل منه إلى خلفه بالميراث وبالوصية .

وتنقضى حقوق صاحب براءة الاختراع بانقضاء مدة الحماية ، وبتنازل صاحب البراءة عنها قبل انقضاء مدة الحماية ، وبصدور حكم ببطلان البراءة[1] ، وبعدم دفع الرسوم المستحقة فى مدة ستة شهور من تاريخ استحقاقها .

§ ٣ – طرق حماية براءة الاختراع

٢٧٩ – الإجراءات التحفظية : تنص المادة ٤٩ من قانون براءات الاختراع على أنه « يجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج ، أثناء نظر الدعوى الإدارية أو الجنائية ، أن يستصدر من محكمة القضاء الإدارى أمراً باتخاذ الإجراءات التحفظية ، وخاصة بحجز المنتجات أو البضائع المقلدة والآلات والأدوات التى استخدمت أو قد تستخدم فى ارتكاب الجريمة ، والبضائع المستوردة من الخارج إثر ورودها . ويجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج أن يستصدر الأمر باتخاذ ما تقدم من الإجراءات قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، وإنما يجب عليه فى هذه الحالة أن يقوم برفع دعواه الإدارية أو المباشرة أو بتقديم شكواه للنيابة فى ظرف ثمانية أيام عدا أيام مواعيد المسافة من تاريخ تنفيذ الأمر ، وإلا بطلت هذه الإجراءات من تلقاء نفسها . ويرفع صاحب الشأن طلبه باتخاذ هذه الإجراءات بعريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل الاختراع أو الرسم أو النموذج الصناعى . ويجوز عند الاقتضاء أن يشمل الأمر الصادر باتخاذ هذه الإجراءات ندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر فى تنفيذه » .

---

(١) تنص المادة ٣٥ من قانون براءات الاختراع على أن « لإدارة براءات الاختراع ولكل ذى شأن أن يطلب إلى محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة الحكم بإبطال البراءات التى تكون قد منحت مخالفة لأحكام المادتين ٢ و ٣ من هذا القانون ، وتقوم الإدارة المذكورة بإلغاء هذه البراءات متى تقدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشىء المقضى . ويجوز للمحكمة أن تحكم ، بناء على طلب إدارة براءات الاختراع أو بناء على طلب ذى الشأن ، بإضافة أى بيان للسجل قد أغفل تدوينه به ، أو بتعديل أى بيان وارد فيه غير مطابق للحقيقة ، أو بحذف أى بيان دون به بغير وجه حق » .

٢٨٠ — الجزاء المدنى : ويحكم على من تعدى على حقوق صاحب البراءة بالتعويض ، كما يحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد لاستنزال ثمنها من الغرامات أو التعويضات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة يراها القضاء الإدارى أو المحكمة الجنائية مناسبة . كما أن للمحكمة أن تأمر بإتلاف هذه الأشياء عند الاقتضاء ، ولها أن تحكم بكل ما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة لعدم توافر ركن القصد الجنائى . ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقته المحكوم عليه .

٢٨١ — الجزاء الجنائى : تنص المادة ٤٨ من قانون براءات الاختراع على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين : (١) كل من قلد موضوع اختراع منحت عنه براءة وفقاً لهذا القانون . (٢) كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى تم تسجيله وفقا لهذا القانون . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد من الخارج أو حاز بقصد الاتجار ، منتجات مقلدة أو مواد عليها رسم أو نموذج صناعى مقلد مع علمه بذلك ، متى كان الاختراع أو الرسم أو النموذج مسجلا فى مصر .(٤) كل من وضع بغير حق ، على المنتجات أو الإعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك ، بيانات تؤدى إلى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع أو بتسجيله رسما أو نموذجا صناعيا » .

وتنص المادة ٥١ من نفس القانون على أن « تعتبر الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون هى والجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس ، جرائم متماثلة فى العود » .

المبحث الثانى

الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية(*)

المطلب الأول

الرسوم والنماذج الصناعية

٢٨٢ — ما هى الرسوم والنماذج الصناعية : يعتبر رسما أو نموذجا صناعيا كل ترتيب للخطوط ، أو كل شكل جسم بألوان أو بغير ألوان ، لا ستخراجه فى الإنتاج الصناعى بوسيلة آلية أو يدوية أو كيمائية .

فالنموذج هو شكل مجسم أعد لاحتذائه عند الإنتاج ، فتأتى المنتجات مطابقة للنموذج . مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والقبعات والمعاطف وهياكل السيارات والأوعية والزخارف وما إلى ذلك .

والرسم الصناعى مثله الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والجلد والورق الخاص بتغطية الجدران وأشغال الإبرة ؛ وعلى المجوهرات وأوعية مواد الزينة وعلب الحلوى وما إلى ذلك . والرسم الصناعى يطبق على السلعة عند إنتاجها صناعيا ، فينقل الرسم على كل وحدة من الإنتاج بطريقة آلية أو يدوية أو كيمائية .

وكل من النموذج والرسم الصناعى ينطوى على قدر من الابتكار ، ومن ثم يحميه القانون كما يحمى حق المخترع وحق المؤلف فيما قدمناه . فصاحب الرسم أو النموذج له الحق فى حماية رسمه أو نموذجه من التقليد ، ويجب أن يقوم للوصول إلى ذلك بإجراءات خاصة لقيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية .

٢٨٣ — إجراءات قيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية : يوجد بوزارة التجارة سجل خاص ، على نمط سجل براءات

(*) مراجع : Pouillet فى العلامات التجارية والمنافسة غير المشروعة الطبعة السادسة سنة ١٩١١ - Roubier فى النظرية العامة فى دعوى المنافسة غير المشروعة (مجلة القانون التجارى سنة ١٩٤٨ ص ٥٤١ - ص ٥٩١)

الاختراع ، يسمى بسجل الرسوم والنماذج الصناعية . ويقدم طلب تسجيل الرسم أو النموذج إلى إدارة الرسوم والنماذج الصناعية ، بالأوضاع والشروط المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ويجوز أن يشتمل الطلب على عدد من الرسوم أو النماذج لا يتجاوز الخمسين ، بشرط أن تكون فى مجموعها وحدة متجانسة . ومتى استوفى طلب التسجيل الشروط والأوضاع المقررة قانونا ، وجب تسجيل الرسوم والنماذج المقدمة .

ويجوز لطالب التسجيل التظلم من قرار إدارة الرسوم والنماذج الصناعيه برفض التسجيل أمام نفس اللجنة الإدارية التى يرفع لها التظلم فى خصوص براءات الاختراع ، ويجوز الطعن فى قرارات هذه اللجنة أمام القضاء الإدارى ، وهذا وذلك فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطالب بقرار الإدارة أو اللجنة الإدارية .

٢٨٤ – واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج : يدفع الطالب عند تقديم طلب تسجيل الرسم أو النموذج ، وكذلك عند تقديم طلب التجديد ، رسما قدره مائتان وخمسون قرشا .

وبمجرد تسجيل الرسم أو النموذج تعطى إدارة الرسوم والنماذج للطالب شهادة يبين فيها عدد الرسوم والنماذج التى يشتمل عليها الطلب والمنتجات الصناعية المخصصة لها ، واسم المالك ولقبه وجنسيته ومحل إقامته . وتبدأ آثار التسجيل من تاريخ تقديم الطلب إذا كان مستوفيا للاشتراطات القانونية . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أو صورا من السجل .

وتسجيل الرسم أو النموذج يجعل لصاحبه وحده حق استعماله فى منتجاته ، ولا يجوز لأحد غيره دون إذنه أن يستعمل الرسم أو النموذج . ومدة الحماية على هذا النحو خمس سنوات ، تبدأ من تاريخ طلب التسجيل . ويمكن أن تستمر الحماية مدتين جديدتين على التوالى ، إذا قدم مالك الرسم أو النموذج طلبا بالتجديد فى خلال السنة الأخيرة من كل مرة ، وذلك بالكيفية التى تبينها اللائحة التنفيذية . وتقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية فى خلال الشهر الثانى لانتهاء مدة الحماية بإخطار المالك كتابة بانتهاء المدة ، فإذا انقضت الثلاثة الأشهر

التالية لتاريخ انتهاء مدة الحماية دون أن يقدم المالك طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب التسجيل .

ولصاحب الرسم أو النموذج أن يتصرف فيه وأن ينقل ملكيته للغير ، ولا يكون نقل الملكية حجة على الغير إلا بعد التأشير به فى السجل ونشره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية .

وقد يقضى بشطب التسجيل بناء على طلب كل ذى شأن إذا كان قد أجرى باسم شخص غير المالك الحقيقى للرسم أو النموذج ، فمتى تقدم حكم نهائى من القضاء الإدارى قاض بهذا الشطب تقوم إدارة الرسوم والنماذج الصناعية بشطب التسجيل الخاص باسم غير المالك الحقيقى للرسم أو النموذج . وتقوم الإدارة بهذا الشطب من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب ذوى الشأن .

وشطب التسجيل أو تجديده يجب النشر عنه وفقا للأوضاع التى تقررها اللائحة التنفيذية .

٢٨٥ – طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية – إحالة : قدمنا عند الكلام فى براءات الاختراع أن طرق حماية هذه البراءات هى نفس طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية ، وقد صدر بها جميعا قانون واحد كما قدمنا هو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ . وقد رأينا المادة ٤٩ من هذا القانون تقضى بجواز أن يستصدر صاحب الرسم أو النموذج أمراً باتخاذ إجراءات تحفظية ، منها الحجز على المنتجات والبضائع المقلدة والأدوات التى استخدمت فى التقليد . ورأينا أنه يجب رفع الدعوى الموضوعية فى ظرف ثمانية أيام أمام القضاء الإدارى أو فى صورة دعوى مباشرة أمام محكمة الجنح ، أو تقديم شكوى للنيابة فى ظرف هذه المدة .

ورأينا أن هناك جزاء مدنيا هو التعويض ومصادرة الأشياء المحجوزة لاستنزال ثمنها من التعويض والغرامات ، وأن هناك جزاء جنائيا نصت عليه المادة ٤٨ من القانون سالف الذكر يقضى بالعقوبة على كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى تم تسجيله وعلى كل من ارتكب مخالفات أخرى ذكرها النص .

فنحيل هنا فى كل هذا إلى ما قلمناه هناك(١) .

المطلب الثانى

العلامات والبيانات التجارية

٢٨٦ – ماهى العلامات التجارية : صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩(٢) – وهو أول قانون صدر لحماية ما يسمى بالملكية الصناعية – لتنظيم العلامات والبيانات التجارية(٣). والعلامات التجارية **(marques de fabrique)**

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٧٩ – فقرة ٢٨١ .

(٢) المعدل بالقوانين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٩ ورقم ٣٥١ و٤٥٣ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ ورقم ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة المرفوعة لمجلس الوزراء عن قانون العلامات والبيانات التجارية : « والعلامة التجارية هى التى يتخذها صاحب المصنع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو بضاعته تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة ، وتمكينا للمستهلك من تعرف حقيقة مصدرها أينما وجدت . وبذلك يحمى نفسه من أن يغزو منافسوه مناطق التصريف التى اختصت بها منتجاته أو بضائعه بتزوير علامته أو تقليدها . وقد استخدمت العلامات لتمييز منتجات الصناعة منذ زمن بعيد ، فكان الصانع يوقع باسمه على منتجاته أو يضع عليها شارة خاصة . ثم اتخذت تلك العلامات بعد ذلك أشكال الحيوانات أو النباتات أو الرسوم الخطية . أما العلامات التى استخدمت فى التجارة فقد ظهرت فى إيطاليا فى القرن الخامس عشر ، حيث كان التاجر يستخدم العلامة بقصد الشهرة . وفى فرنسا كان استخدام علامات الصناعة إلزاميا فى القرون الوسطى حيث كان يسودها نظام الطوائف **(les corporations)**، فكانت تختم المنتجات بختم الطائفة وإلا أعدمت ... وبإلغاء نظام الطوائف سنة ١٧٨٩ ، اختفى نظام العلامات الإلزامية . وقد صدرت فى فرنسا بعد ذلك بعض القوانين المتعلقة بحماية علامات المصنع بالنسبة لصناعات معينة اشتهرت بها بعض المدن الصناعية ، كصناعة الصابون والأسلحة والخردوات . وفى سنة ١٨٥٧ صدر فى فرنسا قانون العلامات ، وهو المعمول به الآن ، خاصا بعلامات الصناعة والتجارة على السواء . وقد أصبح ذلك النظام معمولا به فى أغلب دول العالم ... وقد لعبت العلامات التجارية دورا هاما فى ميدان المنافسة حيث كانت لها من أقوى الدعامات وأقطع الأسلحة ، لأنها من أهم الوسائل التى يلجأ إليها التاجر والصانع لتعريف نفسه إلى مستهلكى سلعته ، وبها يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعته فى أمرها ، مما يدفعه إلى بذل أقصى جهده فى تحسين منتجاته وتخفيض تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصا ، مما يجعل من نظام لحماية العلامات التجارية فرضا محتوما على الحكومات لضمان التقدم الاقتصادى فى ناحيتى الصناعة والتجارة ... لذلك أصدرت معظم الدول القوانين المتعلقة بحماية العلامات التجارية . ففى ألمانيا صدر قانون ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ و٢١ مارس سنة ١٩١٢ و٥ مايو سنة ١٩٢٦ . وفى انجلترا قانون ١١ أغسطس سنة ١٩٠٥ و٢٨ أغسطس سنة =

هى الأسماء المتخذة شكلا مميزاً (الجميل - الجمل) ، والكلمات (Arrow, Tonny, Bonsoir) ، والإمضاءات ، والحروف ، والأرقام ، والرسوم ، والرموز ، وعنوانات المحال (Délice,Américaine, Groppi) ، والدمغات ، والأختام ، والتصاوير ، والنقوش البارزة ،وأية علامة أخرى أو أى مجموع منها يستخدم ، أو يراد به أن يستخدم ، إما فى تمييز منتجات عمل صناعى أو استغلال زراعى أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض (من فحم وحديد وحجر ومعادن) ، أو أية بضاعة ، أو للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها[١] .

= ١٩٠٧ و ١٨ أغسطس سنة ١٩١١ و ٧ أغسطس سنة ١٩١٤ و ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ و ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ . وفى بلچيكا قانون أول أبريل سنة ١٨٧٩ و ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ و ٣٠ أغسطس سنة ١٩١٣ . وفى أسبانيا قانون ١١ مايو سنة ١٩٠٢ و ٢٦ يوليه سنة ١٩٢٩ . وفى الولايات المتحدة قانون ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ و ٢ مارس سنة ١٩٠٧ و ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ و ٨ يناير سنة ١٩١٣ . وفى إيطاليا قانون ٣٠ أغسطس سنة ١٨٦٨ و ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ و ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ . وفى سويسرا قانون ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ و ١٤ أبريل سنة ١٩١٠ و ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ... إلا أن عدم استطاعة المحاكم المصرية القضاء بالعقوبات المقررة التى أشرنا إليها لم يعجزها عن منح قسط وافر من الحماية للعلامات التجارية بتطبيق أحكام القانون العام والقانون الطبيعى وقواعد العدل والإنصاف ، ولم تتوان محكمة الاستئناف المختلطة فى تطبيق القواعد والمبادئ التى تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ، وكانت تجيز الحجز عن البضائع والمنتجات المقلدة ، كما أنها كانت تقضى بالتعويضات المناسبة وبنشر الحكم .. وفضلا عن ذلك فقد أوجدت المحاكم المختلطة نظاما لتسجيل العلامات التجارية بأقلام كتابها .. (ثم) رأت محكمة الاستئناف المختلطة فى جمعيتها العمومية المنعقدة فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٨ أن المصلحة العامة تقضى بتوحيد التسجيل بحصره فى مكان واحد ... فى قلم كتاب محكمة الاستئناف المختلطة بالإسكندرية ، وقد بدئ بتنفيذ هذا النظام من أول نوفبر سنة ١٩٢٩ وهو معمول به لغاية الآن » .

وجاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون العلامات والبيانات التجارية : « فى سنة ١٩١٨ أعدت إحدى اللجان الفرنسية للجنة إلغاء الامتيازات الأجنبية مشروع قانون فى هذا الموضوع يعد عملا جليلا ومفخرة لمن اشتركوا فى إعداده وهم : Pupikofer و Houriet و Cator . وقد وضع مشروع القانون الحالى على ضوء المشروع الذى أعدته اللجنة المشار إليها ، ناقلا أهم أحكامه ، مهملا منها ما يجب تركه إلى اللائحة التنفيذية أو ما لا تقتضيه الحالة فى مصر ، ومخالفا له فى بعض النقط » .

(١) وتنص المادة ٥ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتى : « لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها ما يأتى : (ا) العلامات الخالية من أية صفة مميزة أو المكونة من علامات أو =

فالعلامة التجارية إذن تميز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفا فى الأسواق أن البضاعة التى تحمل هذه العلامة هى بضاعة معينة ، فلا تختلط

— بيانات ليست إلا التسمية التى يطلقها العرف على المنتجات أو الرسم أو الصورة العادية لها .(ب) كل تعبير أو رسم أو علامة مخلة بالآداب أو مخالفة النظام العام .(ج) الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو بإحدى البلاد التى تعامل مصر معاملة المثل ، وكذلك أى تقليد للشعارات .(د) العلامات والدمغات الرسمية للبلاد سالفة الذكر الخاصة برقابتها على البضائع أو ضمانها ، فى حالة ما إذا كانت العلامة التجارية التى تشتمل على تلك العلامات أو الدمغات يراد استخدامها فى بضائع من نفس الجنس أو من جنس مماثل .(هـ) العلامات المطابقة أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية المحضة .(و) رموز الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر وغيرها من الرموز الأخرى المشابهة ، وكذلك العلامات التى تكون تقليداً لها .(ز) الأسماء الجغرافية إذا كان استعمالها من شأنه أن يحدث لبسا أيا كان فيما يتعلق بمصدر المنتجات أو أصلها .(ح) صورة الغير أو شعاراته ، ما لم يوافق مقدما على استعمالها .(ط) البيانات الخاصة بدرجات الشرف التى لا يثبت طالب التسجيل استحقاقه لها قانونا .(ى) العلامات التى من شأنها أن تضلل الجمهور أو التى تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التى تحتوى على بيان اسم تجارى وهمى أو مقلد أو مزور» .

وتطبيقا لما تقدم ، لا تعد علامة ، لانعدام الصفة المميزة ، صورة فلاح مصرى (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠١) ، أو صورة رجل يركب حصانا (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٧٧) ، أو صورة رأس امرأة فى صبغة للشعر (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٨) ، أو رسم مثلث (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٥) ، أو كلمة نباتين لسمن الصناعى (استئناف الإسكندرية ٢٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ – ٢١٢) ، أو الجبن الهولندى ، أو السجاير التوسكانى ، أو البن اليمنى . وتصلح الشارات إذا اتخذت شكلا مميزاً (استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) ، كأن تكتب بحروف خاصة أو بلون خاص أو فى دائرة أو فى مربع .

ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالأسماء ، اسم التاجر أو الصانع بشرط أن يتخذ هذا الاسم شكلا مميزاً (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٦٣) ، كأن يكتب فى دائرة أو مربع أو بالخط الكوفى أو الفارسى أو الديوانى (مثل ذلك فورد والشبراويشى وسنجر وياسين) . ويجوز استعمال اسم الغير برضائه ، واستعمال الإمضاء بشرط أن يتخذ شكلا مميزاً . وقد تتكون العلامة من تسمية مبتكرة ، مثل ذلك صابون بالموليف وسجاير بلمنت ومشروب كوكا كولا وثلاجة إيديال . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالحروف والأرقام ، الحروف الأولى لاسم التاجر ، أو حروف أخرى مثل L.M. لنوع من السجاير ، وسجاير ٣٣٣ ، وصابون ج ١١ . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالرسوم والتصاوير والرموز ، سفينة أو أهرام أو نجم أو أسد أو غزال أو نسر أو صورة بحار . ويجوز للتاجر أن يتخذ صورته كعلامة مثل چليت ، أو صورة أحد مشاهير الرجال بشرط رضاء هذا الشخص أو رضاء ورثته .

بغيرها من البضائع ، ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن إذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التى يتعامل فيها . وقد حدد القانون فئات المنتجات التى تسجل عنها العلامات ، وأهمها المنتجات الكيماوية والدهانات والمستحضرات الخاصة بتبييض الأقمشة والزيوت والشحوم ومواد الصيدلة والطب البيطرى والمعادن غير المشغولة ونصف المشغولة والآلات والأجهزة العلمية والبحرية الخاصة بمسح الأراضي والسدود والأجهزة التى تستخدم فى الجراحة والطب وأجهزة الإنارة والتدفئة وأجهزة النقل البرى والمائى والجوى والأسلحة النارية والمعادن النفيسة والآلات الموسيقية والورق والجلود المدبوغة ومواد البناء والأثاث والأدوات والأوعية المنزلية والغزل والخيوط والمنسوجات والملابس والأحذية والأبسطة واللعب واللحوم والأسماك والطيور والبن والشاى والسكر والأرز والحاصلات الزراعية والبيرة والأنبذة والمشروبات الروحية . وقد نصت المادة ٧ من قانون العلامات على ألا تسجل العلامات إلا عن فئة واحدة أو أكثر من هذه الفئات التى تقدم ذكر أهمها .

وليست العلامة التجارية فى ذاتها تنطوى على ابتكار ، كما ينطوى الاختراع والرسوم والنماذج ، ولكن القانون مع ذلك يحميها لأنها تميز بضاعة تعتبر ذات خصائص مرغوب فيها . فالبضاعة ، لا العلامة التجارية ، هى التى تنطوى على الابتكار ، ومن أجل ذلك يحميها القانون عن طريق العلامة التجارية .

٢٨٧ — إجراءات تسجيل العلامات التجارية : هناك سجل بوزارة التجارة يسمى سجل العلامات التجارية ، ويجوز لصاحب العلامة (١) أن يتقدم بطلب قيدها فى هذا السجل . ويقدم طلب التسجيل إلى إدارة تسجيل

(١) وتنص المادة ٤ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتى : « للأشخاص الآتى ذكرهم حق تسجيل علاماتهم : (١) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مصرى الجنس . (٢) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مقيم بمصر أو له فيها محل حقيقى . (٣) كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر ينتمى لبلاد تعامل مصر معاملة المثل أو يقيم بها أو له فيها محل حقيقى . (٤) الجمعيات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار التى تكون مؤسسة فى مصر أو فى إحدى البلاد المذكورة آنفا ، إذا كان يمكن اعتبارها متمتعة بالأهلية المدنية . (٥) المصالح العامة » .

العلامات التجارية . ويجوز لهذه الإدارة أن تفرض من القيود والتعديلات ما ترى لزومه لتحديد العلامة . وللطالب أن يتظلم من قرار الإدارة فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره به . أمام لجنة إدارية تشكل لهذا الغرض . وإذا أيدت اللجنة قرار الإدارة برفض تسجيل العلامة لمشابهتها علامة أخرى سبق تسجيلها ، فلا يجوز للطالب تسجيل علامته إلا بناء على حكم قضائى يصدر ضد صاحب التسجيل . وعلى الإدارة فى حالة قبول تسجيل العلامة الشهر عنها ، ولكل ذى شأن أن يقدم للإدارة إخطارا كتابيا بمعارضته فى تسجيل العلامة ، وعلى طالب التسجيل الرد . وتصدر الإدارة قرارا بقبول التسجيل أو رفضه وقرارها فى ذلك قابل الطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية (لم يكن مجلس الدولة قد أنشئ فى سنة ١٩٣٩) فى ميعاد عشرة أيام من تاريخ إخطار صاحب الشأن به . ويعطى لمالك العلامة بمجرد إتمام تسجيلها شهادة يبين فيها تاريخ الطلب وتاريخ التسجيل والاسم التجارى ولقب مالك العلامة ومحل إقامته وجنسيته ، وصورة مطابقة للعلامة ، والمنتجات أو البضائع المخصصة لها العلامة ، ويكون للتسجيل أثره من تاريخ تقديم الطلب . ولكل شخص أن يطلب مستخرجات أوصورا من السجل[1]

---

(١) وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية : « بالرجوع إلى القوانين الأجنبية نجد أنها تتبع إحدى النظريات الأربع المبينة فيما يلى : (النظرية الأولى) وقد اتبعها القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٥٧ . وبمقتضاها يقبل طلب التسجيل بدون فحص سابق ، بمعنى أنه لا يجوز للموظف الذى يتسلم طلبات التسجيل أن يرفض إجراء التسجيل بحجة أن العلامة ليست جديدة أو لأى سبب آخر . (النظرية الثانية) وقد اتبعها قانون الاتحاد السويسرى الصادر فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ المعدل بالقانون الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، وبمقتضاها تسجل العلامة بدون فحص سابق على مسئولية الطالب ، مع رفض تسجيلها فى حالات نص عليها القانون ، وعلى الأخص عند ما تكون العلامة منافية للآداب العامة . أما إذا وجد المكتب أن العلامة ليست جديدة فعليه إخطار الطالب ، وهذا له أن يتمسك بطلبه أو أن يسحبه . (النظرية الثالثة) وقد اتبعها القانون الألمانى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ والمعدل فى ٥ مايو سنة ١٩٣٦ ، وبمقتضاها يمكن رفض التسجيل ، وعلى الأخص إذا اشتملت العلامة على شعارات أوعلامات منافية للآداب العامة . وعندما يجد المكتب أن العلامة المطلوب تسجيلها تطابق تمام المطابقة علامة أخرى سبق تسجيلها فعليه أن يرفض التسجيل . وللطالب فى هذه الحالة فقط إثبات أحقيته للعلامة بطريق رفع الدعوى على صاحب التسجيل الأول . (النظرية الرابعة) وقد اتبعها القانون الإنجليزى الصادر فى ٢٣ أغسطس سنة ١٨٨٧ والمعدل فى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ ، وبمقتضاها لا يقبل التسجيل إلا –

٢٨٨ — واجبات وحقوق صاحب العلامة التجارية : يعتبر من قام بتسجيل العلامة التجارية مالكا لها ، وله وحده دون سواه أن يستعملها على بضائعه ومنتجاته . وتصبح ملكيته للعلامة غير قابلة للمنازعة فيها ، إذا هو استعملها بعد تسجيلها بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع عليه بشأنها دعوى حكم بصحتها[1] . وعلى صاحب

= بعد فحص سابق للعلامة ، يكون متضمنا إشهار طلب التسجيل وفتح باب المعارضة للغير ، وتقدم المعارضات لأمين السجل ، ويجوز التظلم من قراراته أمام المحكمة ... وقد رؤى تفادى الصعوبات التى يشتمل عليها التشريع الإنجليزى ، كما رؤى عدم الأخذ بالنظام الفرنسى المناقض له ، لما فى تطبيقهما من الإضرار بطالب التسجيل وبالغير على السواء .. لم يبق أمامنا إذن غير النظريتين الوسطيين ، وقد رأينا أن نختار منهما نظرية القانون الألمانى (م ٨ و ٩ من المشروع) » .

(١) وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية فى هذا الصدد : « تبعا للنظرية التى أخذ بها القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٥٧ يعتبر التسجيل مقررا حق الملكية لا منشئا له . ومن مزايا هذه النظرية أن يكون مالك العلامة الذى يهمل تسجيلها بمأمن من أن يغتصب علامته منافس له بطريق تسجيلها باسمه . إلا أن هذه النظرية لا تخلو من المساوئ ، فمن جهة تشجع أصحاب العلامات على إهمال تسجيلها لأنه ليس هناك مايضطرهم إلى ذلك التسجيل ... ومن جهة أخرى فإن هناك ماهو أشد خطورة مما تقدم وذلك تعذر معرفة من له حق الأسبقية فى حالة حصول تنازع على ملكية علامة قديمة . كل هذه المساوئ لا يكون لها وجود إذا أخذنا بنظرية أن التسجيل منشئ حق الملكية . ولذلك أخذت بعض القوانين الأجنبية ، وعلى الأخص القانون الألمانى ، بالنظرية الأخيرة ، على أنها لا تخلو هى أيضا من مساوئ كبيرة . ومع ذلك فليس من المتعذر العمل بالنظريتين معا .. وهذا ما اتبعه القانون الإنجليزى حيث نص على عدم جواز الطعن فى التسجيل بعد سبع سنوات .. وهذه النظرية هى التى أخذنا بها ... فبمقتضى المادة الثالثة يعتبر التسجيل قرينة على أسبقية استعمال العلامة ، وهذه القرينة يمكن أن تدحض بإثبات وجود استعمال سابق على تاريخ التسجيل ، لأن ملكية العلامة تكون لمن سبق أن استخدمها قبل غيره ، فالتسجيل ليس من شأنه أن ينشئ حق الملكية ، إنما هو يقرر فقط وجوده ... ومع ذلك فطبقا للفقرة الثانية يصبح التسجيل منشئا لحق الملكية إذا استخدمت العلامة بصفة ظاهرة ومستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل ، على أن يبقى لمن تكون له الأسبقية فى استخدام ذات العلامة حق وضع اليد عليها ويكون ذلك الحق شخصيا فلا ينتقل منه إلى الغير كما لا يجوز التوسع فيه . وينبنى على ذلك أن العلامة لا يمكن أن تنتقل ملكيتها للورثة ولغيرهم ، ولا يمكن أن توضع على منتجات أخرى » .

وقد قضت محكمة النقض بأن التسجيل لا ينشئ الملكية بل يقررها ، وهو لا يصبح منشئا للملكية إلا إذا استمرت العلامة بصفة ظاهرة مستمرة خمس سنوات من تاريخه ، على أن يبقى لمن له الأسبقية فى استخدام العلامة حق وضع اليد عليها ولا تجوز مداقبته (نقض جنائى ٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه متى كان النزاع قائما بين شخصين لم يكسب أحدهما ملكية العلامة التجارية باستعمالها خمس سنوات =

العلامة أن يدفع رسما يبنته اللائحة التنفيذية لقانون العلامات والبيانات التجارية ، وعليه أن يستعمل العلامة ، ويجوز للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تأمر بشطب التسجيل إذا ثبت لديها أن العلامة لم تستعمل بصفة جدية خمس سنوات متتالية ، إلا إذا قدم مالك العلامة ما يسوغ به عدم استعمالها . وإذا شطب تسجيل العلامة ، فلا يجوز أن يعاد تسجيلها لصالح الغير عن نفس المنتجات إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ الشطب . ولكل ذى شأن حق طلب الحكم بشطب العلامات التى تكون قد سجلت بدون وجه حق ، وتقوم الإدارة بشطب هذه العلامات متى قدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشىء المقضى . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان قد مضى على استعمال العلامة بعد تسجيلها خمس سنوات على الأقل دون منازعة فيها . فقد قدمنا أنه لا يجوز فى هذه الحالة المنازعة فى صحة التسجيل .

ومدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات ، ولصاحب الحق فيها أن يضمن استمرار الحماية لمدة جديدة إذا قدم طلبا بالتجديد فى خلال السنة الأخيرة ، وهكذا فى كل مدة تالية ، فالعلامة التجارية ليست لها مدة قصوى لحمايتها ، بل هى تحمى دائما مادام صاحبها يقوم بطلب تجديد تسجيلها فى السنة الأخيرة من نهاية كل عشر سنوات . وحتى إذا لم يقدم صاحب العلامة طلب التجديد فى السنة الأخيرة من نهاية عشر سنوات ، فإن إدارة التسجيل تقوم فى خلال الشهر التالى لانتهاء عشر السنوات بإخطار صاحب العلامة بانتهاء مدة حمايتها ، فإذا انقضت الثلاثة الأشهر التالية لتاريخ انتهاء مدة عشر السنوات دون أن يقدم صاحب العلامة طلب التجديد ، قامت الإدارة من تلقاء نفسها بشطب العلامة من السجل .

= على الأقل من وقت تسجيلها ، فإن الملكية تتقرر لمن يثبت منهما أسبقيته فى استعمال العلامة ولوكان الآخر قد سبقه إلى تسجيلها أو إلى تقديم طلب بهذا التسجيل (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٤١) . وقضت أخيراً بأن التسجيل لا ينشىء بذاته حقاً فى ملكية العلامة التجارية ، إذ أن هذا الحق وليد استعمال العلامة ، ولا يقوم التسجيل إلا قرينة على هذا الحق يجوز دحضها لمن يدعى أسبقيته فى استعمال العلامة ، إلا أن تكون قد استعملت بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع بشأنها دعوى حكم بصحتها (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٦ ص ٥٣٥) .

ولصاحب العلامة التصرف فيها بعوض أو بغير عوض ، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الحجز عليها إلا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته . ويشمل انتقال ملكية المتجر أومشروع الاستغلال العلامات المسجلة باسم ناقل الملكية التى يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمتجر أو المشروع ، ما لم يتفق على غير ذلك[1] . ولا يكون نقل ملكية العلامة أو رهنها حجة على الغير ، إلا بعد التأشير به فى السجل وشهره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية[2].

٢٨٩ — البيانات التجارية : وتوجد ، إلى جانب العلامات التجارية ، البيانات التجارية وهى أيضا يحميها القانون . ويعتبر بيانا تجاريا كل إيضاح يتعلق بما يأتى : (١) عدد البضائع أو مقدارها أومقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها . (٢) الجهة أو البلاد التى صنعت فيها البضائع أوأنتجت . (٣) طريقة صنعها أوإنتاجها . (٤) العناصر الداخلة فى تركيبها . (٥) اسم أو صفات المنتج أو الصانع . (٦) وجود براءات اختراع أوغيرها من حقوق الملكية الصناعية أو أية امتيازات أو جوائز أوميزات تجارية أوصناعية . (٧) الاسم أو الشكل الذى تعرف به بعض البضائع أو تقوم عادة .

فالبيان التجارى إذن لا ينطوى على أى ابتكار ، وإنما هو بيان هام يعرّف الجمهور بالمنتجات أو البضائع التى وضع عليها . وليس المقصود حماية البيان ذاته ، بل حماية الناس الذين يتعاملون فى هذه المنتجات والبضائع ، ويطمئنون إلى صحة البيان الموضوع عليها . لذلك يجب أن يكون البيان التجارى مطابقا للحقيقة من جميع الوجوه ، سواء كان موضوعا على نفس المنتجات أو على المحال أو المخازن أو على عنواناتها أو الأغلفة أو الفواتير أو أوراق الخطابات

---

(١) فيجوز الاتفاق على نقل ملكية المتجر أو المشروع من غير العلامة التجارية ، إذ قد يرى المالك عند نقل الملكية الاحتفاظ بعلامته التجارية إما لإعادة استعمالها لنفسه ، أو حبسها عن التداول ، أو لأى غرض آخر (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ ص ١٢٧٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الغير الذى لا يحتج عليه بنقل ملكية العلامة التجارية إلا بعد التأشير والشهر ، وفقاً لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ، هو كل من يثبت له حق على العلامة المبيعة حق عينى بعوض (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٣ ص ١٨٠) .

أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يستعمل فى عرض البضائع على الجمهور.

وعلى ذلك إذا كانت المنتجات واردة من الخارج ، فلا يجوز وضع اسم البائع أو عنوانه على هذه المنتجات ما لم يكن مقترنا ببيان دقيق مكتوب بحروف ظاهرة عن البلاد أو الجهة التى صنعت أو أنتجت فيها هذه البضائع . ولا يجوز للأشخاص المقيمين فى جهة ذات شهرة خاصة فى إنتاج بعض المنتجات أو صنعها (ڤيشى مثلا للمياه المعدنية وبوردو للنبيذ) الذين يتجرون فى منتجات مشابهة واردة من جهة أخرى ، أن يضعوا عليها علاماتهم إذا كانت من شأنها أن تضلل الجمهور فيما يتعلق بمصدر تلك المنتجات ، حتى لو كانت العلامات لا تشتمل على أسماء هؤلاء الأشخاص أو عناوينهم ، ما لم تتخذ التدابير الكفيلة بمنع كل لبس . ولا يجوز للصانع أن يستعمل اسم الجهة التى يوجد له بها مصنع رئيسى فيما يصنع لحسابه من منتجات فى جهة أخرى ، ما لم يقترن هذا الاسم ببيان الجهة الأخيرة على وجه يمتنع معه كل لبس[1] . ولا يجوز ذكر ميداليات أو دبلومات أو جوائز أو درجات فخرية من أى نوع ، سواء أكانت كسبت فى معارض أم فى مباريات أم منحت من رؤساء الدول أو الحكومات أو المصالح العامة أو هيئات العلماء أو الجمعيات العلمية ، إلا بالنسبة إلى المنتجات التى تنطبق عليها هذه المميزات ، وبالنسبة إلى الأشخاص والأسماء التجارية الذين كسبوها أو لمن آلت إليهم حقوقهم ، ويجب أن يشتمل ذلك على بيان صحيح بتاريخها ونوعها والمعارض أو المباريات التى منحت فيها . ولا يجوز لمن اشترك مع آخرين فى عرض منتجات أن يستعمل لمنتجاته الخاصة المميزات التى منحت للمعروضات المشتركة ، ما لم يعين بطريقة واضحة مصدر تلك المميزات ونوعها .

وقد يكون وضع البيان التجارى لازما بموجب القانون ، فقد نصت المادة ٣٢ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه « إذا كان مقدار المنتجات أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها أو مصدرها أو العناصر الداخلة

---

(١) وتنص المادة ٣٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أنه « يجوز أن تطلق على بعض المنتجات أسماء جغرافية أصبحت ألفاظا عامة تدل فى الاصطلاح التجارى على جنس الناتج لا على مصدره ، وتستثنى من ذلك الأسماء الإقليمية لمنتجات النبيذية » .

فى تركيبها من العوامل التى لها دخل فى تقدير قيمتها ، جاز بمرسوم منع استيراد تلك المنتجات أو بيعها أو عرضها للبيع ما لم تحمل بيانا أو أكثر من هذه البيانات . وتحدد بقرار وزارى الكيفية التى توضع بها البيانات على المنتجات ، والإجراءات التى يستعاض عنها بها عند عدم إمكان ذلك ؛ على أن تكتب هذه البيانات باللغة العربية » .

٢٩٠ — طرق حماية العلامات والبيانات التجارية : هذه الطرق ، كطرق حماية براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، قد تكون إجراءات تحفظية ، وقد تكون جزاء مدنيا ، وقد تكون جزاء جنائيا .

ففيما يتعلق بالإجراءات التحفظية ، يجوز لمالك العلامة التجارية فى أى وقت ، ولو كان ذلك قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن يستصدر ، بناء على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة ، أمراً من القاضى باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة ، وعلى الأخص حجز الآلات أو أية أدوات تستخدم أو تكون قد استخدمت فى ارتكاب الجريمة ، وكذلك المنتجات أو البضائع أو عنوانات المحال أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها مما تكون قد وضعت عليها العلامة أو البيان موضوع الجريمة . ويجوز إجراء هذا الحجز عند استيراد البضائع من الخارج . ويجوز أن يشمل الأمر الصادر من القاضى ندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر فى عمله ؛ وإلزام الطالب بتقديم كفالة . وتعتبر هذه الإجراءات باطلة بحكم القانون ، ما لم تتبع فى خلال ثمانية أيام عدا مواعيد المسافة برفع دعوى مدنية أو جنائية على من اتخذت بشأنه تلك الإجراءات .

وفيما يتعلق بالجزاء المدنى يحكم بالتعويضات على من اعتدى على صاحب العلامة التجارية أو على من وضع بيانا تجاريا غير صحيح على المنتجات والبضائع . ويجوز للمحكمة ، فى أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد ، لاستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة . ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز لها كذلك أن تأمر بإتلاف العلامات غير القانونية ، أو أن تأمر عند الاقتضاء

بإتلاف المنتجات، والأغلفة ومعدات الحزم وعنونات المحال والكتالوجات وغيرها من الأشياء التي تحمل تلك العلامة أو تحمل بيانات غير قانونية ، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في عملية التزوير . ولها أن تأمر بكل ما سبق حتى في حالة الحكم بالبراءة .

وفيما يتعلق بالجزاء الجنائي ، تنص المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة من عشرة جنيهات إلى ثلثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من زور علامة تم تسجيلها طبقا للقانون، أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور[1] ، وكل من استعمل بسوء القصد علامة مزورة أو مقلدة . (٢) كل من وضع بسوء القصد على منتجاته علامة مملوكة لغيره . (٣) كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق ، مع علمه بذلك » . وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون

---

(١) تزوير العلامة هو اصطناع علامة تطابق مطابقة تامة العلامة الأصلية ، أما التقليد فهو اصطناع علامة مشابهة في مجموعها للعلامة الأصلية مشابهة من شأنها تضليل الجمهور . وتقدير وجود تشابه من شأنه أن يخدع الجمهور مسألة واقع ، متى كانت الأسباب سائغة (نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٤٨٦ – نقض جنائى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦٦) . وقد استقرت أحكام القضاء (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٠٠ – ٢٢ نوفبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ١٠٦٣ – ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٨٠) على القواعد الآتية : (ا) يعتد بأوجه التشابه ، لا بأوجه الخلاف . (ب) العبرة فى التشابه هو التشابه فى المظهر العام لمجموع كل من العلامتين ، لا فى التفاصيل والجزئيات . (حـ) التشابه الذى يعتبر تقليدا هو التشابه الذى من شأنه تضليل الجمهور ، أى المستهلك العادى ، لا المستهلك المهمل ولا المستهلك اليقظ .

وانظر أيضاً نقض جنائى ٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤ – ١١ دسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٣ – ٢٩ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن تشابه العلامتين من ناحيتى الشكل والجرس السمعى لا يمكن أن يؤدى إلى الخلط واللبس فى مجال تجارة المسحوق المنظف اللازم لمصانع الطبع والصباغة ، لأن الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٠ المحاماة ٤١ رقم ٥ ٣٥ ص ٦٨٥) .

على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة من خمسة جنيهات إلى مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط : (١) كل من خالف أحكام المواد من ٢٧ إلى ٣٢ من هذا القانون (وهي الخاصة بمطابقة البيانات التجارية للحقيقة) . (٢) كل من استعمل علامة غير مسجلة في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات (ب) و (ج) و (د) و (و) و (ط) و (ى) من المادة الخامسة (علامات غير جائز استعمالها) . (٣) كل من ذكر بغير حق على علاماته أو أوراقه التجارية بيانا يؤدى إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها » .

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيد (*)

٢٩١ — الأساس الذى يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق :
حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، بل هو جماع هذه الحقوق العينية ، وعنه تتفرع جميعا . فمن له حق الملكية على شىء كان له حق استعماله (jus utendi) ، وحق استغلاله (jus fruendi) ، وحق التصرف فيه (jus abutendi) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التى يعطيها القانون للشخص على الشىء . فإذا اقتصر حق الشخص على استعمال الشىء واستغلاله ، كان هذا حق انتفاع متفرعا عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على استعمال الشىء لحاجاته الشخصية وحدها ، أو اقتصر حقه على السكنى دون أى وجه آخر من وجوه الاستعمال ، كان هذا حق استعمال أو حق سكنى ، وكلا الحقين متفرع عن حق الملكية . وإذا اقتصر حقه على استعمال الشىء على وجه معين أو الحصول منه على منافع معينة ، كان هذا حق ارتفاق ، هو أيضاً متفرع عن حق الملكية . وإذا اقتصر حق الشخص على التصرف فى الشىء جبراً على المالك لاستيفاء حقه متقدما على غيره من الدائنين ، كان هذا حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، وكلها حقوق تبعية إذ هى تكفل الدين فهى تابعة له ، وهى أيضاً متفرعة عن حق الملكية . فالمالك إذن يستطيع أن يفعل فى ملكه ما يشاء إلا ما ينهى عنه القانون ، أما صاحب أى حق عينى آخر فلا يستطيع أن يفعل فى الشىء إلا ما نص عليه القانون ولا يستطيع أن يفعل أى شىء آخر .

وقد استتبع اتساع نطاق حق الملكية إلى هذا المدى البحث عن مشروعيته والأساس الذى يقوم عليه ، فاختلفت المذاهب والأنظار فى ذلك[1] . فبعض

(*) مراجع : انظر المراجع العامة المشار إليها فى القسم الأول .

(١) فمنذ عهد أفلاطون والملكية الفردية محل للهجوم عليها وللدفاع عنها — انظر Landry فى الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ — Tancrede Rothe فى وجود الملكية سنة ١٩٣٠ — Renard et Trotabas فى الوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٣٠ — Coste-Floret فى —

يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي . ولكن لو كانت الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي لوجدت فى كل الأزمان والعصور ، وسنرى أنها إنما كانت ثمرة تطور طويل ولم تكن موجودة من قبل . وبعض يذهب إلى أنها تقوم على الاستيلاء ، فمن وضع يده على مال ملكه وبقى مالكا له وانتقل منه إلى ورثته . ولكن الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية الفردية يفترض ضرورة أن الملكية الفردية كانت موجودة قبله ، حتى يصح أن يكون الاستيلاء سببا فى كسبها . وهناك من يذهب إلى أن الملكية الفردية تقوم على النفع الاجتماعي لتفوقها على جميع نظم الملكية الأخرى ، إذ المجتمع الذى يمارس الملكية الفردية أرقى بكثير من الناحيتين الاقتصادى والاجتماعية من المجتمع الذى لا يمارسها . ولكن ذلك يفترض أن المجتمع كان بالخيار بين الملكية الفردية والملكية غير الفردية ، فاختار الملكية الفردية لنفعها . والصحيح أن الملكية الفردية لم تكن نتيجة مقارنة واختيار ، بل كانت ثمرة تطور طويل ظل أحقابا عديدة حتى انتهى إليها ، وسنرى فيما يلى كيف تطورت الملكية .

وإذا أريد للملكية الفردية ان تقوم على أساس مشروع ، فخير أساس لها هو العمل . فالعامل يكسب أجر عمله ، وهذا الكسب الحلال هو بذرة الملكية الفردية . ومتى سلمنا بأن الفرد له حق مشروع فى كسب عمله ، فقد سلمنا بمشروعية الملكية الفردية . هذا الكسب الذى جناه الفرد ثمرة لعمله هو ملك له ، وينبغى أن يستأثر به دون غيره ، فقد كسبه بعرق جبينه وبكده . ولا يوجد كسب حلال ككسب العمل ، ولا حافز على العمل أفضل من الكسب الحلال . وإذا قلنا إن من حق الفرد أن يستأثر بكسب عمله ، فقد أثبتنا له حق ملكية فردية على هذا الكسب . ومن حقه إذن أن يستمتع بجميع عناصر حقه ، فينتفع به استعمالا واستغلالا ، ويتصرف فيه وهو لا يزال حيا ، وينتقل عنه إلى ورثته بعد موته . هذه هى عناصر الملكية الفردية ، لا مناص من التسليم بها .

= الطبيعية القانونية الحق للملكية بموجب التقنين المدنى ومنذ التقنين المدنى رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ – Moranira من الملكية الرأسمالية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٣٦ – Oonnard فى الملكية فى الفقه وفى التاريخ سنة ١٩٤٣ – Salleron ستة أبحاث فى الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ – Jansse فى الملكية ونظام الأموال فى الحضارات الشرقية سنة ١٩٥٣ – Challeye فى تاريخ الملكية الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٨ – Feretzane بحث فى فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

متى سلمنا بمبدأ الملكية الفردية فى ذاته . وإذا كان الملك ينتقل فى بعض الأحيان إلى ورثة لا يستحقونه ولم يكسبوه بعملهم هم ، فهذه ضرورة لا معدى منها ، ويعوض عنها ما تولده الملكية الفردية من حافز على العمل . على أن المال إذا انتقل إلى ورثة لا يستحقونه لا يلبث أن ينتقل من أيديهم ، وينتقل إلى أيد أصلح .

فالعمل إذن هو الأساس المشروع الذى تقوم عليه الملكية الفردية ، وما الملك إلا الأجر استحقه الأجير ، وينبغى أن يعطى إياه قبل أن يجف عرقه .

٢٩٢ — التطور التاريخى لحق الملكية فى غرب أوروبا : ذهب كثيرون من الباحثين إلى أن الملكية بدأت أولا ملكية جماعية (propriété collective) ، تشترك فيها جميع أفراد القبيلة ولا يستأثر بها أحد منهم، فكانت الأرض والأسلحة والعبيد بوجه خاص مملوكة ملكية جماعية للقبيلة فى الحضارة البدوية . ولما استقرت الجماعات فى الأرض ، وتطورت الحضارة من حضارة بدوية تقوم على رعى المواشى إلى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض ، تطورت الملكية مع تطور الحضارة فأصبحت ملكية عائلية (propriété familiale) . وانتهت الملكية بعد تطور طويل إلى أن تكون ملكية فردية (propriété individuelle) ، ولكن مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والنصاب الذى يجب أن يستبقى للورثة دون أن تجوز الوصية فيه [١] .

وإذا تابعنا التطور التاريخى لحق الملكية فى غرب أوروبا منذ عهد الرومان إلى نشوب الثورة الفرنسية وصدور التقنين المدنى الفرنسى ، وجدنا أن هذا الحق لم يبق على وتيرة واحدة ، بل إنه تطور تطوراً غير مطرد . فتبسطت الملكية ، ثم تعقدت ، ثم عادت إلى التبسط ، لتعود بعد ذلك إلى التعقيد ، وتنتهى أخيراً إلى التبسط .

ففى العهود الرومانية القديمة ، كانت الملكية جماعية (gens) وعائلية (familia) ، وكانت فردية فى بعض الأشياء الاستثنائية المحددة ،

---

(١) انظر فى ذلك Laveleye فى الملكية الفردية وصورها البدائية الطبعة الرابعة سنة ١٨٩١ — Cuvillier فى علم الاجتماع سنة ١٩٥٠ جزء ٢ فقرة ١٧٢ — مازو فقرة ١٢٩٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧١٤ — وقارن مارتى ورينو فقرة ٣٢ .

كالمنقولات والعبيد ، وكان معنى الملكية يختلط بالمعنى الديني وبمعنى سيادة الدولة . ولما قوى سلطان الدولة قامت الملكية العامة (ager publicus) ، وبدأ معنى الملكية الفردية يظهر على الأراضى التى كانت الدولة تقطعها للأفراد فى صور مختلفة . وانتهى الأمر فى العهد الكلاسيكى إلى ظهور الملكية الفردية (dominium ex jure quiritium) ظهورا كاملا مع دعمها على أسس قوية (plena in re potestas) . وإلى جانب هذه الملكية الفردية المبسطة ، ظهرت فى الأقاليم ملكية أخرى معقدة وهى الملكية البريطورية (prop. prétorienne ou bonitaire : in bonis) أو الملكية غير الرومانية (prop. pérégrine) ، حيث تقوم ملكية الدولة فوق ملكية الفرد فى الأرض الواحدة . وأخذت هذه الملكية الجديدة تتبسط شيئاً فشيئا ، وتختفى فيها ملكية الدولة ويغلب حق الفرد ، حتى أصبحت فى عهد جيستنيان ملكية فردية تامة على غرار الملكية الرومانية .

ولكن ما لبثت العصور الوسطى والعادات الجرمانية أن عقدت الملكية الفردية من جديد ، وكانت الملكية فى العادات الجرمانية ملكية فردية فى المنقولات وفى منزل السكنى ، جماعية فى الأراضى الزراعية . وفى عهود الإقطاع بعد أن هدأت الحروب وتوطدت السلطات المركزية ، سادت الملكية الإقطاعية فى الأرض (féodalité fonciére) ، وقامت الملكية الفعلية (domaine utile) إلى جانب الملكية الأصلية (domaine éminent, direct) . وتجردت الملكية الأصلية شيئاً فشيئا عن معانى الملكية ، وأصبحت الملكية الحقيقية فى يد صاحب الملكية الفعلية . وتمثلت الملكية الأصلية فى بعض مزايا وخدمات وأعطيات (redevances) يؤديها التابع (vassal) أو الحائز (tenancier) وهو صاحب الملكية الفعلية إلى السيد (seigneur) وهو صاحب الملكية الأصلية . ولم تعد الملكية فى الواقع من الأمر إلا ملكية فردية واحدة ، هى ملكية التابع أو الحائز أى الملكية الفعلية ، وآلت الملكية الأصلية إلى أن تكون مجرد تكاليف تثقل الأرض ، وأقرب إلى أن تكون حقاً من حقوق الارتفاق[1] .

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٦٠ ص ٧٧٢ .

ثم نشبت الثورة الفرنسية . واكتسح الفلاحون فى الأقاليم قصور النبلاء ، وحرقوا السجلات التى تتضمن ما لهؤلاء النبلاء من حقوق وتكاليف على الأرض ، بل وحرقوا معها فى بعض الأحيان القصور ذاتها وقتلوا النبلاء أصحاب هذه القصور ، ونادوا بتحرير الأرض من كل التكاليف والحقوق الإقطاعية . وفى ليلة ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ ، بعد هدم الباستيل بأقل من شهر ، أقرت الجمعية الوطنية (Assemblée Nationale) قانونا يقضى بإلغاء الإقطاع إلغاء تاما[1] ، وتخلصت ملكية الأرض من جميع أثقالها الإقطاعية ، وأصبحت ملكية خالصة لصاحبها ، بل أصبحت « حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته ، ولا يجوز حرمان صاحبه منه . إلا إذا قضت بذلك فى وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانونا . وبشرط تعويض عادل يدفع مقدما » (م ١٧ من إعلان حقوق الإنسان)[2] . وفى دستور سنة ١٧٩١ ، فى المادة ٨٧ منه ، وصف حق الملكية بأنه حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته .

وسرت روح الثورة ، فيما يتعلق بحق الملكية ، إلى التقنين المدنى الفرنسى ، فعرفته المادة ٥٤٤ من هذا التقنين بما يأتى : « الملكية هى الحق فى الانتفاع بالشىء وفى التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقا ، بشرط ألا يستعمل الشىء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح » . وقال بورتاليس (Portalis) فى صدد هذه المادة : « لقد اعتبر دائما مبدأ من المبادىء الحرة أن الملكية الفردية فى التقنين المدنى تدخل ضمن النظم الطبيعية ، بل النظم الإلهية . وأن حقوق الملاك على أملاكهم هى حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها » .[3]

---

(١) وقد نفذ هذا القانون عن طريق إصدار سلسلة من الدكريتات انتهت بقانون ١٧ يوليه سنة ١٧٩٣ (انظر مارتى ورينو فقرة ٣٥ ص ٣٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٨٦) .

(٢) وهذا هو النص الفرنسى للمادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان : La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

(٣) Locré جزء ٨ ص ١٥٦ – على أنه يلاحظ أن الثورة الفرنسية لم تفعل إلا أن تسجل نهائيا تحرير الأرض من القيود الإقطاعية ، أما التحرير ذاته فقد تحقق تدريجيا على مدى قرون سبقت الثورة ، وكان أمراً قد تم فى الواقع قبل إعلانه فى القانون (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤ ص ٦ – ص ٧) .

٢٩٣ — التطور التاريخي لحق الملكية في البلاد الإسلامية وفي مصر: حق الملكية فى المنقول اعترف به اعترافا كاملا فى جميع البلاد الإسلامية ومنها مصر ، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما الأراضى فكانت قسمين : (١) أرضا عشورية ، وهى مملوكة ملكية تامة لأصحابها ، وتدفع العشر عينا مما تغله للإمام (أى للدولة) . وتشمل جميع الأراضى الواقعة فى الجزيرة العربية إذ لا يقبل فيها إلا الإسلام ، والأراضى التى أسلم أهلها طوعا فتبقى لهم ويدفعون عنها العشر ، والأراضى التى فتحت عنوة وقهراً وقسمت بين الغانمين المسلمين فهؤلاء يملكون الأرض بقسمتها بينهم ويدفعون عنها العشر . (٢) أرضا خراجية . وهذه تدفع الخراج للإمام ويتراوح بين الخمس والنصف بحسب تقدير الإمام . وتشمل الأرض الخراجية الأراضى التى فتحت عنوة وقهراً (فى غير الجزيرة العربية) وتركها الإمام فى يد أصحابها وضرب عليها الخراج بحسب تقديره[1] . والأراضى التى لم تفتح عنوة وقهراً بل سلم أهلها صلحا يضرب عليها الخراج بحسب عهد الصلح . والأرض الخراجية فى البلاد المفتوحة صلحا تكون ملكيتها بحسب الوارد فى عهد الصلح ؛ فقد يرد فى هذا العهد أن تترك الملكية لأصحابها فتكون لهم عليها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج للإمام ، وقد يرد فى عهد الصلح أن الأرض تكون وقفا ولا يكون لأصحابها عليها إلا حق الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج . أما فى البلاد المفتوحة عنوة وقهراً ، فللإمام الخيار بين جعل الأرض وقفا وترك حق الانتفاع بها لأصحابها فى نظير دفع الخراج . وبين ترك ملكية الأرض لأصحابها يملكونها ملكية تامة ولا يلتزمون إلا بدفع الخراج[2] .

ولما فتح العرب مصر ، أقروا المصريين على أراضيهم ولم تنزع منهم ،

---

(١) والخراج غير الجزية ، فالخراج ضريبة على الأرض أسلم صاحبها أو لم يسلم ، وأما الجزية فضريبة على الشخص إذا لم يسلم ، وتعتبر مقابلا لإعفائه من التجنيد فى جيوش المسلمين .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩ والمراجع المشار إليها . وانظر رسالته بالفرنسية فى نطاق حق الملكية فى مصر ص ٩ وما بعدها – ومؤلفه فى الملكية العقارية فى مصر وتطورها التاريخى ص ٧٥ وما بعدها .

وأصبحت أراضى خراجية يلتزم أهلها بدفع خراجها[1] . ولما كان المصريون لا يملكون رقبة الأرض منذ حكم الرومان ومن قبلهم من الفاتحين ، بل منذ عهود الفراعنة[2] ، فإن العرب اعتبروا أن رقبة الأرض قد انتقلت إلى الدولة الجديدة وقد حلت فى ذلك محل الدولة البيزنطية ، وبقى لأصحاب الأراضى حق الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج .

وبقى الأمر كذلك إلى عهد محمد على ، ففى سنة ١٨١٣ أمر محمد على بمسح الأراضى المصرية ، وقسم البلاد إلى مديريات ومراكز ونواح ، وربط الأراضى المزروعة أو القابلة للزراعة زماما للنواحى . ووزع الأراضى بين أهالى الناحية للانتفاع بها . وبقيت أراضى خراجية يدفع عنها الخراج أو المال .

---

(١) وهناك خلاف فيما إذا كانت مصر قد فتحت صلحا أو فتحت عنوة وقهراً ، ومهما يكن من شأن هذا الخلاف فإنه لا أثر له مادام المصريون قد أقروا على أراضيهم ولم تنزع منهم ، فهذا الإقرار جائز فى حالتى الفتح صلحا والفتح عنوة وقهراً .

(٢) كانت مصر ، فى عهد الفراعنة ، مقسمة إلى مقاطعات (nomes) ، ولم يكن سكان هذه المقاطعات ملاكا للأراضى التى يؤدون عنها الضرائب ، بل كان لهم فيها حق الانتفاع فقط ، وكانت الرقبة ملكا لفرعون . وفى عهد الأسرة السابعة عشرة وزعت الأرض توزيعا جديداً ، فاقتسمها الملك والكهنة . ثم ظهرت طائفة ثالثة من الملاك ، هى طائفة الجنود المحاربين . ولكن كلا من طائفتى الكهنة والمحاربين لم يكن مالكا ملكية تامة للأرض ، بل كان له عليها حق انتفاع فقط . وفى عهد الأسرة الحادية والعشرين نودى بالإله آمون مالكا للأرض بدلا من الملك . أما الفلاحون فكانوا حائزين للأرض مجرد حيازة ، يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة . ثم توسعت حقوقهم فى عهد الأسر المصرية الأخيرة ، الثامنة والعشرين والتاسعة والعشرين والثلاثين ، فكان للفرد أن يؤجر الأرض ويبيعها ، وله كذلك أن يهبها بقيود معينة . ولكن ملكية الأراضى لم تخلص كاملة للحائز ، كما خلصت فى عهد الرومان طبقا لأحكام قانون الألواح الإثنى عشر .

وفى عهد البطالسة كان الملك مستأثراً برقبة الجزء الأكبر من الأراضى المصرية . ولم يكن فى ذلك العهد سوى الملك وله ملك الرقبة ، وطائفة الزراع ولهم حيازة الأرض أو ملك المنفعة ، وكان عليهم أن يؤدوا للملك ضريبة إقراراً بحقه فى ملك الرقبة .

ولم يغير الرومان من هذه النظم ، ولكن مصر ضمت إلى أملاك الإمبراطور . فأثقل هذا كاهل المصريين بضروب شتى من السخرة والتكاليف المالية . وكانت الضرائب ترسل إلى روما ، ثم إلى القسطنطينية بعد أن أصبحت مصر جزءاً من الإمبراطورية البيزنطية .

وهكذا لم يتغير نظام ملكية الأراضى : فظل الملك مالكاً للرقبة ، ويقطع الأرض للأفراد لزراعتها على أن يؤدوا ما يفرض عليهم من الضرائب .

انظر فى تفصيل ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣ – فقرة ١٢ .

ثم صدرت اللائحة السعيدية ، فى عهد محمد سعيد فى ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ (٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤) ، توسع كثيراً من حقوق أصحاب الأراضى على أراضيهم الخراجية . فأصبحت هذه الأراضى تورث عنهم الميراث الشرعى ، ويجوز لهم التصرف فيها ورهنها غاروقة وإيجارها ، حتى يمكن القول بأن أراضى مصر ، وإن بقيت أراضى خراجية ، أصبح لأصحابها عليها من الحقوق ما يقرب من حقوق الملاك . وهذه هى أهم الأحكام التى وردت فى اللائحة السعيدية فى هذا الصدد: (١) إذا مات صاحب الأرض ، فلبيت المال أن يوجهها إلى من شاء ، ولكن متى كان للميت ورثة شرعيون ، فمراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من انتفاعهم يكونون أحق وأولى من الغير ، سواء كانوا ذكورا أو إناثاً . ويكون أخذهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعى ، بشرط أن يكونوا مقتدرين على زراعتها وتأدية خراجها ولو بواسطة الوكلاء والأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفة القاضى عن يد الحكومة (بند١). (٢) يجوز لأصحاب الأطيان الخراجية أن يسقطوا حقوقهم ويفرغوها لغيرهم ، بموجب حجج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجج ، ويكون ذلك بعد الاستئذان من المديرية وصدور الإذن منها بتحرير الحجة . ويشترط فى الحجة على المفرغ له أو المبيع له أن يكون ممتثلا إلى القوانين واللوائح التى تصدر من الحكومة ، ويكون ملزما بسداد الأموال (بند ١٠) . (٣) يجوز رهن الأطيان الخراجية بالغاروقة من صاحب الأثر إلى من يريد ، بشرط أن يكون ذلك باطلاع المديرية (بند ٨) . (٤) يجوز لصاحب الأثر أن يؤجر لمن يريد بمعرفته ، إنما يكون عقد الإيجار عن سنة واحدة إلى ثلاث سنين فقط ، ويجوز تجديدها . ولأجل ضبط واعتماد تحرير شروط الإيجارات ، ينبغى ألاّ يكون عقد الإيجار أو المشاركة إلا بموجب سند ديوانى يحرر بواسطة المديرية (بند ٩) . (٥) بما أن الأراضى الخراجية لا تملك للمزارعين فيها ، بل ليس لهم فيها إلا حق الانتفاع بها ماداموا يتعهدونها بالزراعة ، فإذا تركها المزارعون اختيارا مدة تبلغ ثلاث سنوات سقط حقهم فيها ، وذلك بحسب أصول الشريعة . ومع كون الحكم الشرعى قضى بتحديد الثلاث السنوات ، لكن بطريق العرف ، لما لوحظ من واقعات أحوال الأهالى ، جوز علاوة سنتين أخريين على ذلك الميعاد لتكون المدة

خمس سنوات . فمن كانت تحت يده أطيان خراجية ، ذكراً كان أو أنثى ، وواضع يده عليها خمس سنوات فأكثر ، وقائم بتأدية ما عليها من الخراج لجهة الميرى ، فلا تنزع من يده ، ولا تسمع فيها دعوى ضده بوجه من الوجوه (بند ٥) . (٦) يكون لمن يغرس أشجارا أو يحفر سواقى أو ينشئ أبنية فى أراضيه الخراجية ، أو لورثته بعده ، التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية من بيع وهبة وغير ذلك (بند١٢) (١) .

وفى عهد إسماعيل ، بموجب الأمر الكريم الصادر فى ١٠ يناير سنة١٨٦٦ (٢٢ شعبان سنة ١٢٨٢) ، أجيزت الوصية فى الأراضى الخراجية ، دون وقفها لأن وقف الأطيان الخراجية يتعلق بالإرادة الخديوية .

ثم صدرت لائحة المقابلة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ تقضى بأن من يدفع خراج ست سنوات مقدما على أطيانه ، ويطلب استخراج حجة شرعية أو الشرح على حجته التى تكون بيده ، يثبت له الحق فى الهبة والتوارث والوصاية والإسقاط(٢) .

وقد صدر التقنين المدنى المختلط فى سنة ١٨٧٦ ، مقننا للأحكام المتقدمة الذكر على الوجه الآتى : م ٢١ — الأموال الخراجية هى التى فى ملك الميرى ، وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والأحوال المقررة فى اللوائح . م ٣٥ — يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبدا متى قررته الحكومة على الأراضى الخراجية طبقا للوائح . م ٣٦ — وفى هذه الحالة يجوز إسقاطه كله أو بعضه أو رهنه . م ٤٨ — إذا لم يقم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج ، جاز حرمانه من الانتفاع بها ، بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . م ٤٩ — عدم القيام بسداد أموال الأراضى المملوكة الرقبة للميرى يترتب عليه فقط أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفى لسداد تلك

---

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧ ص ٩٠ — ص ٩٢ .

(٢) وقد ألغى الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ أحكام قانون المقابلة ، ولكن نص فى بند (٥) من هذا الأمر العالى على أن جميع أحكام القانون المذكور (قانون المقابلة) المتعلق بجعل حقوق ملكية الأطيان للذين دفعوا عنها المقابلة تبقى مرعية الإجراء والعمل ، ودفع جزء من المقابلة يكفى للاستحواذ على حقوق الملكية التامة . وانظر أيضاً بند (٨٧) من قانون التصفية الصادر فى ١٧ يونيه سنة ١٨٨٠ .

الأموال . م٢/٥٠ — ومن له حق انتفاع فى أراض خراجية أو إبعادية يسقط حقه فى الانتفاع ، إذا ترك الأرض بدون زراعة مدة خمس سنوات ، ويشهر حق الانتفاع فى المزاد بالتطبيق للوائح . م ١٠٥ — يكتسب حق الانتفاع فى الأراضى الخراجية بوضع اليد مدة خمس سنوات ، بشرط أن يكون واضع اليد قائما بزراعتها .

ثم صدر التقنين المدنى الأهلى فى سنة ١٨٨٣ ، وجاء فى المادة ٦ منه ما يأتى : « تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، وتعتبر فى حكم الملك الأطيان الخراجية التى دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ » .

وفى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ صدر أمر عال بجعل جميع الأطيان الخراجية ، حتى التى لم تدفع عنها المقابلة أو جزء منها ، مملوكة ملكية تامة لأصحابها (١) . ومن ذلك الوقت ألغى الفرق ما بين الأراضى المملوكة والأراضى الخراجية ،

---

(١) وهذا هو نص الأمر العالى المشار إليه : « بعد الاطلاع على المادة الخامسة من أمرنا الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإلغاء المقابلة : بند ١ — اعتبارا من هذا التاريخ يكون لأرباب الأطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم ، أسوة أرباب الأطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها . بند ٢ — تلغى جميع الأوامر والقوانين السابقة المخالفة لأحكام هذا الأمر » .

ولما كان هذا الأمر العالى يعدل من أحكام المادة ٦ من التقنين المدنى الأهلى ، فقد صدر أمر عال فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بتعديل المادة ٦ المذكورة على الوجه الآتى : « بعد الاطلاع على المادة السادسة من القانون المتبع لدى المحاكم الأهلية المصدق عليه بالأمر العالى الصادر فى ٢٦ ذى الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) » — وبعد الاطلاع على المادة الخامسة من الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بإلغاء قانون المقابلة ، المصرح فيها بأن تبقى جميع أحكام القانون المذكور المتعلقة بجعل حقوق ملكية الأطيان للذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الإجراء والعمل ، وبأن دفع جزء من المقابلة يخول حقوق الملكية التامة فى الأطيان المذكورة — وبعد الاطلاع على الأمر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ الذى جعل لأرباب الأطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى أطيانهم أسوة أرباب الأطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها : م ١ — عدلت المادة السادسة من القانون المدنى الأهلى بالكيفية الآتية : يسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، بما فى ذلك الأطيان الخراجية » .

وبالرغم من أن التقنين المدنى المختلط لم يعدل كما عدل التقنين المدنى الأهلى ، إلا أن المحاكم المختلطة قضت باعتبار جميع الأطيان ملكا ، لا فرق فى ذلك بين الأطيان الخراجية ، سواء أدفعت عنها المقابلة أم لم تدفع ، وبين الأطيان العشورية .

انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٤ ص ٩٧ والأحكام المشار إليها فى هامش رقم ١

وأصبحت جميع الأراضي في مصر مملوكة ملكية تامة لأصحابها . وتمت بذلك حلقات تطور طويل ، مرت عليها ملكية الأراضي في مصر .

٢٩٤ — الاتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية : ويبدو أن الاتجاهات الحديثة بالنسبة إلى حق الملكية الفردية أخذت الآن تنعكس عما كانت عليه من قبل . ففي حين أن الملكية الفردية كانت تقوى وتتسع طوال القرن التاسع عشر والربع الأول من القرن العشرين ، إذا بها في الوقت الحاضر ترجع القهقرى تحت ضغط التيارات الاشتراكية والمذاهب الاقتصادية التي تناصر تدخل الدولة في تنظيم الملكية الفردية والحياة الاقتصادية بوجه عام .

ويمكن تلخيص هذه الاتجاهات الحديثة ، التي تسود الآن كثيراً من بلاد العالم[1] ، فيما يأتي[2] :

١ — استكثرت القوانين في مختلف بلاد العالم من القيود التي تحيط بالملكية الفردية ، وبخاصة بالملكية العقارية وملكية الأرض . وتغلبت في النهاية النزعة الحديثة التي تجعل للملكية وظيفة اجتماعية ، ولا تقصرها على أن تكون حقا ذاتيا يستأثر به صاحبه ويتصرف فيه على مقتضى هواه .

٢ — لم تقتصر الدولة على الاستكثار من قيود الملكية ، بل سارت خطوات أسرع بكثير من ذلك . فأخذت تستولى على الملكيات الفردية في سبيل المصلحة العامة ، تارة باسم الإصلاح الزراعي ، وطورا تحت راية التأميم الذي اتسع نطاقه اتساعا كبيراً في الوقت الحاضر في كثير من بلاد العالم .

٣ — وتشجع الدولة في الوقت الحاضر الملكيات الصغيرة ، فتفتت الملكيات الكبيرة وتجزئها إلى ملكيات صغيرة توزعها على صغار الفلاحين ، وهذه هي مهمة قوانين الإصلاح الزراعية . وهذا بالنسبة إلى الأراضي الزراعية ، أما بالنسبة إلى المباني فإن الدولة تعمد عادة إلى تزويد الأسر بمساكن يختصون بها ، فتستكثر من تشييد المباني التي تخصصها لسكنى العمال بل ولسكنى

---

(١) وهذا غير البلاد ذات النظم الشيوعية ، فهذه النظم لا تعترف بالملكية الفردية إلا في حدود ضيقة ، أخصها المنقولات الشخصية ومنازل السكنى . أما الأرض والآلات وغيرها من وسائل الإنتاج ، فهي في هذه النظم لا يجوز أن تكون محلاً للملكية الفردية .

(٢) انظر مازو فقرة ١٣٠٢ .

الطبقات المتوسطة ، وتنظم ملكية الطبقات حتى يتيسر للأسرة أن تملك طبقة خاصة بها فى مبنى متعدد الطبقات .

٤ — وفى الوقت الذى تنحسر فيه الملكية الفردية عن الأرض والعقار بوجه عام ، إذا بها تمتد وتتسع رقعتها فى المنقول . وقد تناولت الملكية الفردية كثيراً من المنقولات المستحدثة ، كالأسهم والحصص والأوراق المالية بوجه عام ، وما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية ، وقد رأينا أن التكييف الصحيح لهذه الملكية الحديثة هو أنها حقوق عينية منقولة تقع على أشياء غير مادية[1] .

٢٩٥ — التعديلات الجوهرية التى أدخلها التقنين المدنى الجديد فى حق الملكية : وإذا قارنا التقنين المدنى السابق فى حق الملكية بالتقنين المدنى الجديد ، نجد أن التقنين المدنى الجديد استحدث تعديلات جوهرية يمكن إجمالها — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — فى أمرين :

« أولا — جاء التقنين المدنى الحالى (السابق) مقتضيا كل الاقتضاب فى حق يعتبر من أهم الحقوق فى القانون . فهو لم يخصص لحق الملكية إلا نصا يعرفه فيه ويذكر ما يعد من ملحقاته ، ونصا آخر يشير إلى الملكية المعنوية . فإذا ضممنا إلى هذين النصين النصوص الأخرى التى وردت فى حق الارتفاق ، وهى نصوص تتعلق بالقيود القانونية الواردة على حق الملكية ، استنفدنا بذلك كل النصوص التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) خاصة بهذا الحق . أما المشروع (التقنين المدنى الجديد) فقد عرف حق الملكية تعريفا استجمع فيه عناصر هذا الحق وقيوده . وأعقب التعريف بنصوص تحدد نطاق الملكية تحديداً يتمشى مع أحدث التطورات العلمية . وعزز ذلك بتقرير حماية هذا الحق ، فلا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها . وانتقل المشروع (التقنين المدنى الجديد) بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود . . . وانتقل المشروع (التقنين المدنى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ — وانظر پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٢١٥ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٦٢ .

الجديد) بعد ذلك إلى أنواع خاصة من الملكية ، وذكر منها الملكية الشائعة وملكية الطبقات ... » .

« ثانيا – لم يخلع المشروع (التقنين المدنى الجديد) على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) ، بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ... »[1] .

٢٩٦ – خطة البحث : نجعل كلامنا فى حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول – حق الملكية بوجه عام ، نطاقه ووسائل حمايته .

الباب الثانى – القيود التى ترد على حق الملكية .

الباب الثالث – الملكية فى الشيوع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ – ص ١٠ – وانظر فى تنظيم الملكية فى التقنين المدنى الجديد ومقارنته بالتقنين المدنى القديم محمد على عرفة فقرة ١٥٢ : وقد فصل عيوب التقنين القديم ومزايا التقنين الجديد فى الشكل وفى الموضوع .

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عام

٢٩٧ — تعريف حق الملكية : تنص المادة ٨٠٢ مدنى على ما يأتى :

« لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لمالك الشيء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به : وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وأصبح النص رقمه ٨٧٠ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب استبدلت عبارة « حق استعماله » بعبارة « حق استعمال الشيء » ، وأصبح رقم المادة ٨٦٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من ناحية التعبير فيما بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية ، وقال إن فى هذا التعبير تصويراً لمذهب فلسفى . فرد ممثل الحكومة على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية ، فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلا . فوافقت اللجنة على النص ، على أن تعود إليه لنظر فى هذا التعبير الجديد . وفى جلسة تالية —

ويمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية من هذا النص ، فيقال إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك فى حدود القانون .

وقد كان التقنين المدنى السابق يعرف حق الملكية ، فى المادة ٢٧/١١ منه ، على الوجه الآتى : « الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ... » . فكان حق الملكية فى التقنين المدنى السابق ، على غرار حق الملكية فى التقنين المدنى الفرنسى ، حقا مطلقا (absolu) . ولم يشأ التقنين المدنى الجديد ، مسايراً فى ذلك الاتجاهات الحديثة ، أن يجارى التقنين المدنى السابق فى جعل حق الملكية حقا مطلقا . فتجنب فى النص أن يصفه بهذا الوصف ، وزاد على ذلك بأن صرح بأن الحق مقيد إذ المالك يجب أن يلتزم حدود القانون . بل إن المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٢ مدنى كان ينص صراحة على أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، إذ كان يقول : « لمالك الشيء ، مادام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وبقى النص محتفظا بمعنى الوظيفة

= حذفت اللجنة عبارة : على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » . وأصبحت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٨٠٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ – ص ١٦) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٧٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه ، عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة . (ويتفق هذا مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١١ : الملكية العقارية هى حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ، ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة . وهذا الحق لا يجرى إلا على العقارات الملك . (وهذا يتفق مع التقنين المصرى – وانظر فى حق الملكية بوجه عام فى القانون اللبنانى : حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن سنة ١٩٦٥ مذكرات على الآلة الكاتبة ص ٧١ – ص ٨٩) .

الاجتماعية فى المشروع النهائى وفى المشروع الذى أقره مجلس النواب ، حتى إذا قدم المشروع للجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة « على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » « لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » . وقد قال ممثل الحكومة أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « إن هذه الصفة (الصفة الاجتماعية لحق الملكية) هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هى التى تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلا » . ولم يكن اعتراض لجنة مجلس الشيوخ على العبارة وحذفها إياها على أساس أن اللجنة لا تشارك فى الرأى القائل بأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، بل لأن « فى هذا التعبير تصويراً لمذهب فلسفى » كما قال رئيس اللجنة ، ولأن العبارة « أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وإن فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » كما قالت اللجنة ذاتها[١] . فيجب التسليم إذن بأن عبارة « بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وإن حذفت فى لفظها ، لا تزال باقية فى معناها .

ومن ثم نستخلص من نص المادة ٨٠٢ مدنى سالفة الذكر أمرين : (١) أن لحق الملكية عناصر وخصائص أشار إلى أكثرها النص[٢] . (٢) وأن لحق

---

(١) انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ وص ١٥ – ص ١٦ .

(٢) ولحق الملكية أوصاف (modalités) ، كما هو الأمر فى الالتزام . وأهم أنواع الملكية الموصوفة :

(أ) الملكية غير الجائز التصرف فيها (propriété inaliénable) ، وهى الملكية المقترنة بالشرط المانع من التصرف ، وسيأتى بحثها (انظر ما يلى فقرة ٣٠٧ – فقرة ٣٢٣) .

(ب) الملكية فى الشيوع (propriété indivise) ، وسنفرد لها بابا مستقلا لأهميتها (انظر الباب الثالث من هذا القسم) .

(جـ) الملكية القابلة للفسخ (propriété résoluble) ، وأبرز صورها الملكية –

الملكية وظيفة اجتماعية (١) . ونتناول بالبحث هذين الأمرين على التعاقب .

--- المعلقة على شرط فاسخ . وقد سبق بحث الشرط فى الكلام فى نظرية الالتزام بوجه عام، وبينا هناك أن الشرط كما يلحق الالتزام يلحق الملكية والحقوق العينية الأخرى، وفصلنا أحكام الشرط ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٣ فقرة ٤ وما بعدها) .

(د) الملكية الظاهرة (propriété apparente) ، وهى ملكية قائمة على مجرد المظهر ، وقد سبق أن بحثنا تطبيقات مختلفة للحقوق التى يولدها المظهر . من ذلك الوكالة الظاهرة والاسم المستعار أو المسخر (انظر الجزء السابع من الوسيط) ، ومن ذلك الصورية (انظر الجزء الثانى من الوسيط) . ومن أهم هذه التطبيقات أيضاً المالك الظاهر (propriétaire apparent) ، ويتمثل غالبا فى الوارث الظاهر (héritier apparent) وتقوم تصرفاته على المبدأ القاضى بأن الغلط الشائع ينشىء الحق (error communis facit jus) . فمتى شاع بين الناس أن شخصا يملك الشىء ولم يكن هو المالك الحقيقى - كغير الوارث يضع يده على التركة باعتبار أنه هو الوارث ثم يظهر الوارث الحقيقى ، وكوصى له يستولى على الشىء الموصى به ثم يتبين أن الوصية باطلة أو أن وصية لاحقة قد ألغتها - فإن من يتعامل معه بحسن نية باعتبار أنه هو المالك يحميه القانون . ويشترط أن يكون الغلط عاما شائعا بين الناس (erreur générale) ، وأن يكون مما يتعذر كشفه ولو بفحص دقيق (erreur invincible) : انظر نقض فرنسى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ داللوز ١٩٣٥ - ١ - ٩٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ II ٣١٢٥ - ٢ نوفبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ Som. ٦٥ - ٣ أبريل سنة ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٤ - ٣٠٦ . ولكن لا يشترط أن يكون المالك الظاهر نفسه حسن النية أى يعتقد أنه المالك ، وإن كان يشترط أن من يتعامل معه يكون حسن النية أى يعتقد أن المالك الظاهر هو المالك الحقيقى . وعند ذلك يعتبر تصرف المالك الظاهر للغير حسن النية تصرفا صحيحا نافذاً فى حق المالك الحقيقى . أما فى العلاقة فيما بين المالك الظاهر والمالك الحقيقى ، فإن المالك الحقيقى يرجع على المالك الظاهر بالشىء عينا أو بثمنه ، وإذا كان المالك الظاهر سيء النية فإن المالك الحقيقى يرجع عليه أيضاً بالتعويض . ويتملك المالك الظاهر الثمار بالقبض إذا كان حسن النية ، وذلك طبقا للقواعد العامة .

ونكتفى ، فى كل من الملكية القابلة للفسخ والملكية الظاهرة ، بالإحالة إلى : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٤٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٢٨ - فقرة ٢٧٤١ - مازو فقرة ١٣٩٥ - فقرة ١٤٠٨ - مارتى ورينو فقرة ٤٥ - فقرة ٤٦ - كاربونييه ص ٩٣ - ص ٩٥ - وانظر فى أوصاف الحق العينى شفيق شحاتة فقرة ١٣٢ (وهامش ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٨٠٢ مدنى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، وتوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) (م ١١ فقرة أولى / ٢٧) ، بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإيطالى . على أن الملكية إذا لم تكن حقا مطلقا فإنها حق مقصور على المالك ، وهذا ما عبر عنه فى التعريف بأن المالك يتمتع بملكه دون أى تدخل من الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤) .

الفرع الأول
عناصر حق الملكية وخصائصه

المبحث الأول
عناصر حق الملكية

٢٩٨ — الاستعمال والاستغلال والتصرف : رأينا أن المادة ٨٠٢ مدنى تجعل عناصر حق الملكية ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . وقدمنا[١] أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله (jus utendi) وحق استغلاله (jus fruendi) وحق التصرف فيه (jus abutendi) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التى يعطيها القانون للشخص على الشيء . فلا يكون الحق فى الشيء حق ملكية إذا منع صاحب الحق من استعمال هذا الشيء أو من استغلاله على نحو دائم ، كذلك لا يكون الحق حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف فى الشيء منعا أبديا وإنما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة وسيأتى تفصيل ذلك .

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر ، فكلاهما استعمال للشيء ، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمى هذا استعمالا ؛ وإذا استعمله بواسطة غيره فى مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمى هذا استغلالا ، وقد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه . لذلك نجمع بين الاستعمال والاستغلال فى مطلب واحد . وفى المطلب الثانى نتكلم فى التصرف وهو من أهم مميزات حق الملكية ، ونقرن به بحث الشروط الإرادية المانعة من التصرف .

المطلب الأول
الاستعمال والاستغلال

٢٩٩ — الاستعمال : يخول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩١ .

فى كل ما أعد له هذا الشىء ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه .

فيستطيع أن يستعمل الشىء استعمالا شخصيا . فإذا كان الشىء منزلا كان له أن يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها . وقد يصل فى الاستعمال إلى أبعد حد ، فيستهلك الشىء ، كما إذا كان طعاما فيأكله ، أو حديقة فيأكل ثمرها . واستهلاك الشىء على هذا النحو قد يوصف بأنه تصرف مادى فيه ، ويطلق اصطلاح (jus abutendi) عادة على كل من التصرف المادى والتصرف القانونى[1] . ولكنا نفضل أن نقصر التصرف ، فيما سيأتى ، على التصرف القانونى الناقل للملكية أو للحقوق العينية . وقد لا يستعمل المالك الشىء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل ، كما إذا دعا الغير للصيد والقنص فى أرضه ، أو استضاف الغير مدة من الزمن ، أو أنشأ ملجأ أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال شىء من ذلك .

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التى يقوم بها المالك فى ملكه ، كما إذا رمم منزله ، أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم ، أو سوى الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة ، أو حفر الترع والمصارف فى الأرض الزراعية ، أو سور الأرض أو أقام حوائط على جوانبها أو حفر خنادق على حدودها ، أو أصلح السيارة أو قام بتزييتها أو تشحيمها .

ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة ، فى أن المالك قد يصل فى استعمال الشىء إلى حد إتلافه إذا أراد ذلك . فله أن يقلع الأشجار ، ويهدم المبانى ، ويتلف السيارة ، ولا حد لسلطته فى ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود وإلا أن يحجز عليه لسفه أو لمرض

---

(١) وعلى ذلك فالشىء القابل للاستهلاك – واستعماله يكون باستهلاكه – يختلط فيه الاستعمال والتصرف ويعتبران شيئاً واحدا (مارتى ورينو فقرة ٤٠ ص ٤٨) . وسواء جارينا هذا الرأى أو ميزنا بين التصرف المادى والتصرف القانونى ، فإن النقود يختلط فيها دائما الاستعمال بالتصرف ويصبحان شيئا واحداً ، لأن النقود إنما يكون استعمالها بصرفها أى بالتصرف فيها تصرفا قانونيا .

عقلى . أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة فهؤلاء لا يجوز لهم فى استعمالهم للشىء أن يتلفوه ، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك .

٣٠٠ — قيود الاستعمال : ولكن المالك نفسه يتقيد مع ذلك ، فى استعماله للشىء ، بالقيود التى فرضها القانون كما سبق القول . مثل ذلك أنه لا يجوز للمالك أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون ، وليس له أن يقيم بناء خارجا عن خط التنظيم ، وليس له أن يستعمل ملكه استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف .

ولكن يبقى مع ذلك فرق بين المالك وغير المالك ، حتى فى القيود التى يفرضها القانون . فالأصل فى المالك أن كل استعمال ، أيا كان ، مباح له ، إلا استعمالا يحرمه القانون ، أى أن الأصل هو الإباحة والتحريم هو الاستثناء . أما غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة ، فالأصل فى هؤلاء أن كل استعمال محرم عليهم إلا ما أباحه القانون ، أى أن الأصل هو التحريم والإباحة هى الاستثناء .

٣٠١ — عدم الاستعمال كالاستعمال حق للمالك : وكما أن للمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء ، كذلك له ألا يستعمله . فإذا كان له منزل فإن له ألا يسكنه ، وأن يتركه خاليا دون أن يؤجره ، إلا إذا تدخل القانون وفرض على الملاك إسكان منازلهم إذا لم يسكنوها بأنفسهم[١] . وإذا كان للمالك سيارة فإن له ألا يركبها ، ولا يدع غيره يستعملها بأجر أو بغير أجر ، وإذا كان له أن يتلف السيارة فأولى أن يتركها دون استعمال . وإذا كان له أرض زراعية فإن له ألا يزرعها ، وألا يسلمها لغيره لزراعتها بأجر أو بغير أجر ، إلا إذا فرض القانون عليه شيئا من ذلك[٢] . ذلك أن فى طبيعة الإنسان من حب

---

(١) وقد نصت المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أنه « لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية » .

(٢) وقد صدرت فى فرنسا ، فى خلال الحرب العالمية الثانية ، سلسلة من القوانين تجبر المالك على استغلال أرضه : قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ — قانون ٩ مارس سنة ١٩٤١ قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ — قانون ١٩ [illegible] سنة ١٩٤٢ — قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٣ — قانون ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ — انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٠٩ وفقرة ٣٠٢١ .

الكسب ما يكفى لدفعه إلى استغلال ملكه أو استعماله ، دون حاجة فى الكثرة الغالبة من الأحوال إلى تدخل المشرع .

وللمالك أن يترك ملكه ، وهذا ما يسمى بالترك (abandon) . فإذا كان الشيء منقولا وتركه المالك ، فإنه يصبح مالا لا مالك له ، ويستطيع أى شخص أن يستولى عليه فيتملكه بالاستيلاء . وإذا كان الشيء عقارا فإن للمالك أن يتركه ، وبخاصة إذا أراد التخلص بتركه من التزام عينى مفروض على العقار ، وذلك دون أن يفقد ملكيته إلى أن يتملكه شخص آخر . مثل ذلك أن يخلى الحائز للعقار العقار المرهون حتى يتخلص من دعوى الرهن ، وهذه التخلية (délaissement) تجعل إجراءات نزع الملكية لا توجه إلى الحائز ، بل إلى حارس يعين لهذا الغرض .

٣٠٢ – ٢ . الاستغلال: ويخول حق الملكية صاحبه ، إلى جانب استعمال الشيء ، استغلاله .

والاستغلال قد يكون استغلالا مباشرا . مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، ويجنى ثمارها . والصيد والقنص ، وقد اعتبرناهما استعمالا للملك ، يمكن أيضاً اعتبارهما استغلالا مباشراً . ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالا مباشراً ، إذا خصصها لركوب الجمهور واستعملها كتاكسى . وقد يستغل مالك المحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون استغلالا مباشراً .

وقد يكون الاستغلال استغلالا غير مباشر . والاستغلال غير المباشر يكون عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك . والمالك يقوم ، فى استغلاله للشيء استغلالا غير مباشر ، بعمل قانونى من أعمال الإدارة . فمالك المنزل يؤجره للغير ، فيجنى ثماره المدنية فى صورة الأجرة . ومالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هى غلة الأرض . وقد يؤجر المالك الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة إليه ، دون أن يقوم نفسه بالزراعة . وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة فى أرضه ، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه . وقد يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها لركوب الجمهور . والمال الذى يقبضه من السائق هو غلة السيارة .

والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية . وسنرى أن هذا النطاق يشمل الثمار والمنتجات ، كما يشمل العلو والعمق . فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أوصناعية أو مدنية ، والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال . وللمالك أن يستغل العلو ، فيؤجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجرة من مالك هذا البناء . كما له أن يستغل العمق ، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن .

٣٠٣ – قيود الاستغلال : ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة التي يتقاضاها المالك من المستأجر ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتى بعد انتهاء الإيجار ، فلا يستطيع طلب إخلاء العين إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر للأرض في جزء منها . وفي المزارعة لا يجوز للمالك أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل . وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطنا ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المالك استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المالك استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدليا مؤهلا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال .

٣٠٤ — عدم الاستغلال كالاستغلال حق للمالك — إحالة : وقد قدمنا في الاستعمال أن عدم الاستعمال يعدل الاستعمال ، كلاهما حق للمالك . كذلك عدم الاستغلال يعدل الاستغلال ، كلاهما حق للمالك . فيجوز للمالك أن يدع أرضه بورا لا يزرعها ولا يؤجرها للغير ، كما يجوز له أن يبقى منزله خاليا لا يسكنه ولا يؤجره للغير ليسكنه ، وذلك كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم باستغلال ملكه ، كأن يجبره على إيجار منزله الخالي ، أو يفرض عليه زراعة أرضه حتى يساهم في تدبير الأقوات في أثناء الحروب أو في الأزمات

التحويلية . وقد سبق أن بينا ذلك فيما يتعلق بالاستعمال ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[١] .

المطلب الثانى
التصرف
والشروط الإرادية المانعة من التصرف

٣٠٥ — المقصود بالتصرف معناه الضيق : قدمنا[٢] أن الرأى السائد هو استعمال تعبير « التصرف » بمعنى واسع ، فيشمل التصرف القانونى والتصرف المادى ، ويدخل فى التصرف المادى استهلاك الشيء وإتلافه . ولكننا أدخلنا التصرف المادى فى نطاق استعمال الشيء ، واستبقينا للتصرف معناه المألوف ، وهو التصرف القانونى الذى ينقل الملكية أو حقا عينيا آخر . فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال . ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف ، فيجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه بجميع أنواع التصرفات .

يجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذى يملكه إلى غيره ، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية . ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذى يستطيع المالك أن يقوم بها ، فإنه إذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئا ، ويصبح غيره هو المالك ، وقد يتقاضى مقابلا لذلك كما فى البيع والشركة والقرض ، وقد لا يتقاضى مقابلا كما فى الهبة ، ويصح أن ينقل جزءاً من ملكية الشيء ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ، فيصبح غير مالك للجزء الذى نقل ملكيته للغير .

كذلك يجوز للمالك ، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها ، أن ينقل عنصراً أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر . فله مثلا أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit) ، فينقل بذلك إلى المنتفع عنصرى الاستعمال والاستغلال ، ويستبقى الرقبة وحق

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٩٩ .

التصرف فيها . وله أن ينقل حق الاستعمال وحده ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق إلا استعمال الشيء بنفسه . وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل إلى الغير حق السكنى ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل إلا لسكناه هو وأسرته . وله أن يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق ، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا . ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمى ، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقيدة بحق الرهن ، وهذا الحق يخول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع العقار على مالكه جبراً ويستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد متقدما فى ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه فى المرتبة . ويجوز للمالك أيضاً أن يرتب على العين المملوكة حق رهن حيازة ، فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن الذى ينوب عنه فى الاستعمال والاستغلال . ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة ، كما للدائن المرتهن رهنا رسميا ، أن يبيع العين جبراً على مالكها عند حلول الدين ، وأن يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد فى الترتيب الذى يخوله إياه القانون .

ويختلف التصرف فى الملكية نفسها عن التصرف فى عنصر من عناصرها فى أن التصرف فى الملكية ينقلها من المالك إلى غيره ، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية . أما التصرف فى عنصر من عناصر الملكية ، فإنه لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره ، بل يستبقى المالك ملكه ، وهو فى الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذى تصرف فيه ، بلا سبب جديد ، بل بمجرد انقضاء حق الغير . فالمالك ، إذا رتب على العين المملوكة له حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق رهن ، يسترد العنصر الذى نقله إلى المنتفع أو صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى بموت هؤلاء أو بانقضاء أجل حقوقهم ، ويسترد العنصر الذى نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين . وهو فى غير حاجة لسبب جديد لاسترداد العنصر الذى نقله بالتصرف (١) . أما حق الارتفاق

---

(١) وهناك فرق بين تصرف المالك فى عنصر الانتفاع فيرتب لغيره حق الانتفاع فى ملكه ، وبين تصرف المنتفع فى حق انتفاعه بعد أن يترتب له هذا الحق . فالمالك يتربص بالمنتفع ، وهو خلفه الخاص ، حتى يموت أو حتى ينتهى حق انتفاعه ، فيعود للمالك حق الانتفاع من تلقاء نفسه =

فقد يكون دائماً دوام الملكية فلا يسترده المالك ، وقد يكون موقتاً لأجل فيزول بانقضاء الأجل وتعود للمالك ملكيته كاملة .

ويلاحظ أن غير المالك من أصحاب الحقوق يستطيع هو أيضاً أن يتصرف فى حقه ، فيستطيع المنتفع أن يتصرف فى حق الانتفاع (دون صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى فهذان لا يستطيعان التصرف فى حقهما) ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يحول حقه المضمون بالرهن فينتقل الرهن بالحوالة إلى الدائن الجديد . ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب الحقوق الأخرى فى أن المالك يستطيع أن يتصرف فى رقبة الشىء ذاتها[1] ، أما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع أن يتصرف إلا فى حق انتفاعه ولا يستطيع أن يتصرف فى الرقبة .

وكما أن المالك يستطيع أن يتصرف فى الشىء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، كذلك يستطيع ألا يتصرف . ولكن القانون قد يفرض قيودا على التصرف كما سنرى ، وقد يفرض قيودا على عدم التصرف كما فى نزع الملكية جبراً على صاحبها وفى التأميم .

٣٠٦ — قيود يفرضها القانون على التصرف : قد يفرض القانون قيودا موقتة على حق المالك فى التصرف فى ملكيته ، ومادام القيد موقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه فى التصرف ، ويبقى مالكا . مثل ذلك ملكية الأسرة ، وتقضى المادة ٨٥٣ مدنى بأنه لا يجوز لأى شريك فى ملكية الأسرة أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا . وهذا القيد موقت من عدة وجوه . فهو أولا مقيد بالأجل الذى يتفق عليه لبقاء ملكية الأسرة ، ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة (م ١/٨٥٢ مدنى) . وهو ثانيا مقيد بمدة ستة أشهر فقط إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين ، إذ يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة إخراج نصيبه من ملكية الأسرة ،

= لا بسبب جديد كما قدمنا . أما المنتفع فإذا تصرف فى حق انتفاعه بالبيع مثلا فإن المشترى لحق الانتفاع يكون خلفا خاصا للمنتفع لا للمالك ، ولا ينتهى حق الانتفاع بموت المشترى ولكنه ينتهى بموت المنتفع (حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨٢ هامش ٣) .

(١) حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨١ — ص ١٨٢ — إسماعيل غانم فقرة ٣٦ .

والتصرف فيه بعد ذلك (م ٢/٨٥٢ مدنى) . وهو أخيراً مقيد بجواز أن يتصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى بغير موافقة الشركاء ، على ألا يبقى هذا النصيب مندمجاً فى ملكية الأسرة (م ٢/٨٥٣ مدنى) . ومثل ذلك أيضاً قانون الإصلاح الزراعى ، فهو يغل يد الفلاح عن التصرف فى الأرض التى وزعت عليه قبل أن يوفى جميع أقساط ثمنها (م ١٦ من قانون الإصلاح الزراعى) ، والنص [illegible] نرى قيد موقت . وفى الشفعة فرض القانون ضربا من ضروب عدم التصرف إلا لشخص معين هو الشفيع ، إذا طلب الشفعة واستوفى شرائطها . وفى قانون خمسة الأفدنة لم يمنع القانون المالك من التصرف فى ملكه ، وإنما منع الدائنين من الحجز على هذا المالك ، فمنعهم بذلك من نزع الملكية جبراً على صاحبها[1] .

أما إذا كان المنع من التصرف الذى فرضه القانون منعا دائما غير موقت ، كما فى الأموال الموقوفة ، فإن حق الملكية يفقد عنصراً أساسيا من عناصره ، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية . فحق المستحق فى الوقف ليس حق ملكية ، وإن كان حقا عينيا ، وهذا غير حقه الشخصى فى تقاضى استحقاقه من الناظر .

٣٠٧ – الشروط الإرادية المانعة من التصرف[*] : وهناك شروط إرادية تمنع من التصرف (clauses d inaliénabilité) . وهذه لا يفرضها القانون كما فى الأمثلة السابقة ، بل يفرضها الاتفاق وهو عقد صادر من الجانبين ، أو تفرضها الوصية وهى إرادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومن ثم سمينا هذه الشروط بالشروط الإرادية المانعة من التصرف . وهى أيضا تمنع من التصرف منعا موقتا ، فتصح لأنها لا تسلب حق الملكية

---

(١) انظر كذلك فى القانون الفرنسى المال الذى تقدمه الزوجة « دوطة » ، فهذا المال لا يجوز التصرف فيه مادامت الزوجية قائمة . وكذلك هبة المال أو الوصية به لشخص على أن ينقله هذا بعد موته لأولاده ، فى نظام الاستبدال الوراثى المباح (substitutions permises) ، هو منع من التصرف فى المال طول حياة الموهوب له أو الموصى له ، حتى يتسنى انتقال المال للأولاد .

(*) مراجع : [illegible] Bar فى الشروط [illegible] والشروط غير المشروعة سنة ١٨٨٥ – Saigent [illegible] فى الشرط المانع من التصرف رسالة من [illegible] سنة ١٨٩٦ – Bretanneau فى الشروط المانعة من التصرف رسالة من باريس سنة [illegible] رسالة من جرينوبل سنة ١٩١٠ – [illegible] Roux [illegible] سنة ١٩٢٠ .

عنصراً أساسيا من عناصره سلبا دائما[1] . ومتى استوفت شرائط صحتها ، فإنه يترتب على قيامها صحيحة أن يكون كل تصرف يصدر من المالك، مخالفا للشرط المانع من التصرف فى المدة التى يقوم فيها هذا الشرط ، تصرفا باطلا .

فنتكلم فى مسألتين : (١) متى يصح الشرط المانع من التصرف . (٢) الجزاء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف .

١٤ – متى يصح الشرط المانع من التصرف

٣٠٨ – نص قانونى : تنص المادة ٨٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة » .

« ٢ – ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو للغير .

« ٣ – والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير »[2].

---

(١) ويذهب مع ذلك بعض الفقهاء فى فرنسا إلى تخطئة القضاء الفرنسى فى إباحة الشرط المانع من التصرف (لوران ٦ فقرة ١٠٣ و ١١ فقرة ٤٦٠ – هيك ٤ فقرة ٧٦ و ٦ فقرة ٦٣ ديفرجييه فى تعليقه على توليه ٧ فقرة ٤٨٨ – بودرى وشوڤو فقرة ٥٠٦) . أما فى مصر فإن التشريع لا القضاء وحده ، قد تدخل وأباح الشرط المانع بشروط معينة ، فلم يعد هناك شك فى صحة الشرط المانع .

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١١٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « ١ – إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال أو بمنع الإيصاء به ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ٢ – ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو للغير . ٣ – وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٣ – ص ٧٥) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء فى عهد هذا التقنين ، كان يجرى على أحكام النص[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٧٧٨ – التقنين المدنى الليبى م ٨٣٢ – ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ، ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[2] .

٣٠٩ – التصرفات التى تتضمن الشرط المانع من التصرف : ويفهم من النص سالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف ، لسببين أحدهما قانونى والآخر اقتصادى . أما السبب القانونى فلأن من أخص عناصر الملكية هو أن يكون للمالك حق التصرف فى ملكه ، فإذا منع من ذلك حرم من أخص عناصر حقه ، فلا يكون حقه عند ذلك حق ملكية كما رأينا فى حق المستحق فى الوقف . أما السبب الاقتصادى فلأن تداول الأموال من

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « عرض المشروع للشرط المانع من التصرف فى نصين ... لا نظير لها فى التقنين الحالى (السابق) . وقد قنن المشروع أحكام القضاء المصرى فى هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) – انظر نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١ – ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣ – محكمة الاستئناف ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ – ٧ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ – ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ – ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ – ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ – ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ – استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٣ ص ٧١١ – ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشرط المانع ، حتى لو كان مسجلا ، لا يعوق الدائن من أخذ حق اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه ومن التنفيذ على هذا العقار (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن أحكام النص تتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أحكام النص تتفق مع القواعد العامة – انظر فى هذه المسألة فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٣٩ – ص ١٥٦) .

الأمور العامة التي تجب ملاحظتها ، ومنع المال من التداول بتحريم التصرف فيه أمر خطير من الناحية الاقتصادية ، فلا يجوز هذا المنع إلا لمسوغ قوى . لذلك تعتبر القاعدة القاضية بجواز التصرف في المال من النظام العام ، وكل شرط يخالفها يكون شرطا مخالفا للنظام العام . وقد سار القضاء الفرنسي قديما على هذا النحو ، فحرم كل شرط يمنع التصرف فى المال[1] . ولكنه منذ منتصف القرن التاسع عشر أخذ يميز بين شرط مانع من التصرف منعا أبديا وهذا أبقاه على حكم التحريم ، وشرط مانع من التصرف منعا موقتا لمسوغ مشروع وهذا حلله ، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي فى هذا المعنى حتى أصبحت قضاء مستقراً لايتزعزع[2]. وسار القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق على سنة القضاء الفرنسي حتى أصبحت القاعدة مستقرة هى أيضاً فى مصر ، ومن ثم قننها التقنين المدنى الجديدفى نصوص تشريعية هى التى نتولى الآن شرحها .

ويلاحظ بادئ ذى بدء أن الشرط المانع من التصرف فى المال يرد فى تصرف قانونى ، وهذا التصرف القانونى يكون إما عقداً أو وصية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر : « إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ... » . والوصية أمرها واضح ، فهى تصرف قانونى من جانب واحد على سبيل التبرع ، فيوصى الشخص بمال

---

(١) ليون ٧ أغسطس سنة ١٨٣٥ داللوز ٣٦ - ٢ - ٨٢ - باريس ١١ مارس سنة١٨٣٦ داللوز ٣٦ - ٢ - ٨٣ .

(٢) وكان أول حكم صدر فى هذا المعنى فى القضاء الفرنسي حكم محكمة أنجيه فى ٢٩ يونيه سنة ١٨٤٢ (سيريه ٤٢ - ٢ - ٤٠٠) . ثم أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ (داللوز ٥٨ - ١ - ١٥٤) . وأخذت أحكام محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك تتوالى فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ - ١ - ٤٣١ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ - ١ - ٤٨ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٣٣ - ٢٠ فبرايرسنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤١ - ٢٢ - انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٣ . وصدر أخيراً فى فرنسا قانون ٤ يناير سنة ١٩٥٥ خاصا بالشهر العقارى يؤكد هذا المعنى ، إذ قضت المادة ٢٨ من هذا القانون بوجوب تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التى تتضمن شروطا مانعة موقتة (انظر مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - كاربونييه ص ٩٦) .

للموصى له ويشترط عليه فى الوصية ألا يتصرف فى هذا المال لأحد ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة كما سيأتى . وأما العقد فالغالب أن يكون من عقود التبرع ، هبة صريحة أو هبة مستترة فى عقد بيع[1] ، وقد يكون من عقود المعاوضة كأن يكون عقد بيع جدى . فيهب الشخص أو يبيع مالا ، ويشترط على المتصرف له ألا يتصرف فى هذا المال ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة . والغالب أن يكون التصرف المتضمن للشرط المانع تصرفا ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه . ولكنه قد ينقل حق انتفاع لا حق ملكية ، مع اشتراط عدم جواز التصرف فى حق الانتفاع هذا . وقد ينشئ مجرد التزام دون أن ينقل ملكية أو حق انتفاع ، والمثل البارز فى هذا الصدد أن أن يتعهد شخص لآخر بترتيب إيراد له مدى حياته ، ويكون قد قصد بذلك أن يوفر له أسباب المعيشة طول حياته فيشترط فى تعهده عدم جواز التصرف فى هذا الإيراد[2] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالشرط المانع قد يرد فى وصية أو فى عقد ، ويكون العقد فى الغالب هبة أو هبة مستترة فى بيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٦ ثالثا – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٣ .

وقد يأخذ الشرط المانع الصورة الآتية : يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشترى بهذا المبلغ عقارا (remploi) لا يجوز له التصرف فيه . وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقتصر الشرط المانع على أن المتصرف له إذا باع العقار فعليه أن يشترى بالثمن عقارا آخر ، يكون هو أيضاً غير جائز التصرف فيه إلا بشرط الاستبدال هذا .

وقد يرد الشرط المانع فى الوعد بالبيع ، فيشترط الموعود له بالبيع على الواعد ألا يتصرف فى العين الموعود ببيعها طول مدة الوعد . فهذا شرط مانع صحيح ، إذ جمع بين التوقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعود له لأن هذا الأخير يطمئن ، بفضل هذا الشرط ، إلى بقاء العين فى ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته فى الشراء (إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ – حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ – عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤) . ويلاحظ أنه يجوز لدائنى الواعد ، فى هذا الفرض ، الطعن فى الشرط المانع بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

أما اشتراط الدائن المرتهن على الراهن ألا يتصرف فى العين المرهونة مادام الرهن قائما ، فيوجد خلاف فى صحته . انظر فى معنى عدم صحة الشرط المانع فى هذا الفرض : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ – إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٩ – ــ

فالشرط المانع من التصرف الذى تتضمنه أمثال هذه التصرفات لا يصح ، طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر ، إلا إذا كان « مبنيا على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة » . فهناك إذن أمران لابد من اجتماعهما حتى يصح الشرط المانع من التصرف : الباعث المشروع والمدة المعقولة . وكل منهما معيار مرن يساير الملابسات الخاصة بكل قضية من الأقضية التى تعرض على المحاكم ، فيكون القاضى أوسع حرية فى التقدير ، ويتسنى له أن يعطى لكل حالة حكمها المناسب .

(ا) الباعث المشروع

٣١٠ — متى يكون الباعث مشروعا : تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر : « ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير » . فالمفروض إذن ، حتى يكون الباعث مشروعا ، والشرط المانع صحيحا ، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذى ضمنه العقد أو الوصية حماية

= ص ٨٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص١٦٦ – ص ١٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص١٠٢ – ص١٠٣ وفى التأمينات العينية ص ٧٥ . وانظر فى معنى صحة الشرط : محمد على عرفة فقرة ٢٧٨ – محمد على إمام فى التأمينات فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ – شمس الدين الوكيل فى التأمينات ص ٢٤٩ هامش ٢ – حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ – ونرى أن مصلحة الراهن فى استبقاء حريته فى التصرف فى العقار المرهون بالرغم من رهنه – وهذا أساس من الأسس التى يقوم عليها الرهن – ترجح مصلحة الدائن المرتهن فى أن يتجنب إجراءات التطهير . ومن ثم يكون الشرط المانع فى هذا الفرض غير صحيح ، إذ لا تقوم به مصلحة مشروعة راجحة .

ولا خلاف فى أنه لا يجوز للمالك بإرادته المنفردة أن يمنع نفسه من التصرف فى ملكه ، لأن الشرط المانع يجب أن يتضمنه عقد أو وصية ، ولأن الإرادة المنفردة لا يكون لها أثر إلا بموجب نص تشريعى ، ولأنه لو صح الشرط المانع فى هذا الفرض لاستلزم أن يكون المال غير قابل للحجز عليه فيتحايل المالك عن هذا الطريق فى الانتقاص من حق الضمان العام للدائنين (شفيق شحاتة فقرة ١٠٠ ص ١٢٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٦٨ – إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٨ – حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠١ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٠٢ ص ٥١٦) .

مصلحة مشروعة له هو ، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له ، أو مصلحة مشروعة لأجنبي أى للغير[١] .

٣١١ — مصلحة مشروعة للمتصرف : قد تكون هناك مصلحة مشروعة للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع . مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلا لأحد من ذويه ، واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكنى طول حياته ، ولا يريد أن تكون له علاقة فى شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له . فيعمد إلى تضمين هبته شرطا مانعا من التصرف فى المنزل ، حتى يطمئن إلى أنه فى استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه فى سكناه لن تكون له علاقة إلا بالموهوب له ، إذ يصبح غير جائز لهذا أن يتصرف فى المنزل طول حياة الواهب . ومثل ذلك أيضاً أن يهب شخص لآخر عقارا ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيرادا مدى الحياة ، ولما كان يخشى أن يتصرف الموهوب له فى العقار فيفقد المصدر الأصلى الذى يوفى منه الإيراد المرتب ، فإنه يعمد إلى تضمين الهبة شرطا يمنع الموهوب له من التصرف فى العقار . ويصح أيضاً أن يبيع شخص لآخر عقارا بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة ، ويشترط على المشترى عدم التصرف فى العقار مدى حياة البائع ، أو يبيع العقار بثمن مقسط لمدة خمس سنوات مثلا ويشترط على المشترى ألا يتصرف فى العقار حتى يوفى جميع أقساط الثمن . وقد يبيع شخص جزءاً مفرزاً من عقاره لآخر ، ويشترط على المشترى عدم جواز التصرف حتى يقتصر الجوار على المشترى دون شخص أجنبي آخر[٢] . كذلك قد يهب شخص عقارا لآخر ويرتهنه رهنا رسميا فى الوقت ذاته لحق له فى ذمة الموهوب له ، فيشترط على الموهوب له ألا يتصرف فى العقار المرهون حتى لا يتعرض الدائن المرتهن لخطر التطهير فيما إذا تصرف الموهوب له فى العقار لشخص آخر ، وهذا فى رأى من يقول بصحة الشرط المانع فى هذا الفرض[٣] .

---

(١) وكما تكون المصلحة المشروعة المقصود حمايتها مصلحة مادية ، كذلك يجوز أن تكون مصلحة أدبية ، كما إذا قصد المتصرف بالشرط المانع ألا يقتحم أجنبى نطاق أملاك أسرته (نقض فرنسى ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧٦ — مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص٦٩) .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Inaliénabilité فقرة ٣٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٠٩ ص ٥٠٨ هامش ٢ .

هذه وأمثالها[١] مصالح مشروعة للمتصرف ، يصح له أن يحميها بأن يضمن تصرفه شرطا مانعا من التصرف على النحو الذى بيناه[٢] .

٣١٢ — **مصلحة مشروعة للمتصرف له** : وكثيراً ما تتحقق هذه المصلحة للمتصرف له فى إذا وهب شخص أو أوصى لآخر بعقار ، ولما كان يعرف أن المتبرع له سيئ التدبير ويخشى عليه أن يضيع سفها العقار المتبرع له به ، فيعمد إلى تضمين تبرعه شرطا بعدم جواز التصرف فى هذا العقار[٣] . وقد يهب المتصرف العقار لشخص صغير فى السن تنقصه الخبرة والتجارب ، فيشترط عليه عدم جواز التصرف فى العقار حتى يصل إلى سن معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة اللازمة . وقد يهب المتصرف العقار لقاصر له ولى يخشى من إسرافه ، فيشترط عدم جواز التصرف فى العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار ، ويعهد فى الوقت ذاته إلى أمين يتولى إدارة العقار وصرف ريعه على تعليم القاصر حتى يبلغ سن الرشد[٤] . وقد لا يمنع المتصرف المتصرف له من التصرف ، ولكن يشترط عليه

---

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ — ١ — ١٥٤ — ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٨ — ١ — ١٧ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧٦ .

(٢) انظر فى أن البيع المقترن بشرط عدم جواز التصرف يعتبر بيعا جديا لا وصية ، وأن الكشف عن نية المتعاقدين فى هذا الشأن مسألة موضوعية : نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ .

وانظر فى أن شرط عدم التصرف إذا تضمنته الهبة ووقت بحياة الواهبة لمصلحة مشروعة لها يكون شرطا صحيحا : نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١١٩١ ، وأن البيع بشرط عدم التصرف بيع صحيح : استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٣ ص ٧١١ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨—١—٦٢—١٦ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٧ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤١ — ٢٢ — ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ٣٢ — أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٤ — ص ١٩٥ .

(٤) نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨١ سيريه ٨٣ — ١ — ١٤٩ — أورليان ١٢ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥— ٢ — ٢٤٤ — أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ .

الاستبدال (remploi) . فإذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشترى بثمنه عقاراً آخر ، ويبقى هذا العقار الآخر على هذا الشرط إذا باعه الموهوب له اشترى بثمنه عقارا آخر ، وهكذا . والاشتراط على هذا النحو يجمع إلى مزية النظر لمصلحة الموهوب له حتى لا يضيع العين الموهوبة مزية إطلاق يده فى التصرف ، فقد يرى عقارا أفضل فيبيع العقار الموهوب ليشتريه .

٣١٣ — مصلحة مشروعة للغير : وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة بأجنبي ، فيهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه أن يرتب إيراد الأجنبي طول حياته ، ويشترط فى الوقت ذاته ألا يتصرف فى العقار الموهوب مادام صاحب الإيراد حيا حتى يكفل له ضمانا لإيراده[1] . كذلك قد يكون للأجنبي حق انتفاع أو حق سكنى فى العقار الموهوب ، فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف فى العقار . وقد لا يشترط الواهب عدم التصرف ، ويقتصر على أن يشترط على الموهوب له ، إذا أراد هذا بيع العقار ، أن يعرضه أولا بالأفضلية على شخص معين ، فإن قبل هذا الأخير شراءه تعين على الموهوب له أن يبيعه إياه . فهذا شرط ليس مانعا من التصرف ، ولكنه على كل حال مقيد لحرية المتصرف له فى التصرف لمن يريد[2] .

٣١٤ — حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا ليس له باعث مشروع : فإذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع ، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير ، كان الشرط المانع باطلا . فإذا وهب شخص عقارا لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه ، ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمى أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب فى سبيل ذلك ، كان الباعث هنا غير مشروع . فهو لا يحقق مصلحة مشروعة

---

(١) نقض فرنسى ١٢ يوليه سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٤٧٥ – ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٢٦ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ وهامش ٤٠ خامسا .

لا للواهب ولا للموهوب له ولا للغير ، ومن ثم يكون الشرط باطلا . والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعا ، إلى أن يثبت المتصرف له أن الباعث غير مشروع .

ثم ينظر بعد ذلك فى مصير التبرع نفسه ، فإن كان هذا الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، كان التبرع باطلا هو أيضاً ببطلان الشرط المانع . أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان الشرط المانع . ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف فى العقار الموهوب . وليس فى هذه الأحكام إلا تطبيق للقواعد العامة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويكون التصرف الذى اشتمل على هذا الشرط (الباطل) باطلا أيضاً إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعا ، ولم يكن الشرط المانع هو الدافع ، صح التبرع ولغا الشرط »[1] .

(ب) المدة المعقولة

٣١٥ — المنع الدائم والمنع الموقت : يجب التمييز كما قدمنا بين المنع الدائم (interdiction perpétuelle) والمنع الموقت (interdiction temporaire) . فلكى يكون الشرط المانع صحيحا ، يجب ألا يكون مانعا من التصرف منعا دائما . إذ تخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا ، وهذا أمر مخالف النظام العام . ولا يجوز إلا بنص فى القانون كما هى الحال فى الوقف .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ – وانظر شفيق شحاتة فقرة ٩٩ – إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٧١ .

ومن الفقهاء من يذهب إلى بطلان التصرف المتضمن لشرط المانع غير المشروع فى جميع الأحوال (محمد على عرفة فقرة ٢٧٧) ، مستنداً فى ذلك إلى أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه التصرف (م ٢٦٦ مدنى) . وواضح أن الشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطا (condition) ، وإنما هو تكليف (charge) يدخل فى بنية التصرف ذاته ، فيلغو وحده إذا لم يكن هو الدافع إلى التبرع (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ هامش ١) .

ومن ثم يكون الشرط المانع منعا دائما شرطا باطلا[١]، يلغو ويبقى التصرف الذى تضمن الشرط مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيبطل كل من الشرط والتصرف.

ويشترط إذن لصحة الشرط المانع أن يكون المنع موقتا ، ولمدة معقولة . فإذا طالت مدة المنع ، وأصبحت بالنسبة إلى ظروف القضية وملابساتها مدة غير معقولة ، فإن المنع الموقت يكون فى هذه الحالة فى حكم المنع الدائم[٢]، ومن ثم يكون الشرط المانع باطلا بالرغم من توقيته . ومعرفة ما إذا كانت مدة المنع المحددة طويلة إلى حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من مسائل الواقع ، يبت فيها قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض[٣].

وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ مدنى سالفة الذكر على ما يأتى : « والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير » .

٣١٦ — الشرط المانع مدى حياة المتصرف : فى أكثر الأمثلة التى قدمناها لتحقق مصلحة مشروعة للمتصرف تبرر الشرط المانع[٤] ، نرى أن الشرط المانع يجب أن نحدد له مدة تستغرق حياة المتصرف وتكون مع ذلك مدة معقولة . فإذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه إيرادا مدى الحياة ، أوحق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة ، أو الاستيثاق من أن يقتصر الجوار على

---

(١) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ – ١ – ٣٠٩ – ١٠ نوفبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٥١ – ٨ نوفبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ٤٧ – ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٢٦ – ٥ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ – ٥ – ٥٣ – ٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ – ٤٧٧ – ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ – ٢ – ٣٢ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ – ٢٨٢ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولكن لا يصح تأبيد الشرط ، ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التى دعت إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣١١ .

شخص المتصرف له ، فمن الطبيعي فى هذه الفروض أن يجعل الشرط المانع قائما لمدة تستغرق حياته ، وتكون المدة فى هذه الحالة مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا . لكن هناك فروض أخرى – بيع عقار بثمن مقسط أو بيع عقار يرتهنه البائع – لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المنع حياة المتصرف ، ويكفى فى حالة بيع عقار بثمن مقسط أن تكون مدة المنع هى المدة التى يوفى فيها المشترى بالإقساط جميعها . وفى حالة بيع عقار يرتهنه البائع أن تكون مدة المنع هى المدة التى يوفى فيها المشترى بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيما إذا باع المشترى العقار قبل وفاء الدين .

وإذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة أخرى معقولة ، ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة ، فإن العين تنتقل إلى ورثته مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز لهؤلاء أن يتصرفوا فيها حتى تنقضى المدة المحددة .

٣١٧ – الشرط المانع مدى حياة المتصرف إليه : وقد يقتضى الأمر أن يحدد للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف له كما إذا كان هذا معروفا بسوء التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف فى العين الموهوبة طول مدة حياته ، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع ، ويجوز للورثة عندئذ التصرف فى العين . وتكون المدة فى هذه الحالة ، بالرغم من استغراقها لحياة المتصرف له ، مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط المانع صحيحا[1] .

---

(١) هذا فى مصر بنص صريح ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ مدنى كما رأينا : «والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة ... المتصرف إليه ...». أما فى فرنسا ، حيث أحكام الشرط المانع هى من عمل القضاء دون أن ترد فيها نصوص تشريعية ، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسى على أنه لا يجوز أن تستغرق المدة فى الشرط المانع حياة المتصرف إليه (نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٩ – ١ – ٤٥٥ – ٨ نوفبر سنة ١٨٩٧ سيريه ١٩٠٠ – ١ – ٤٩٩–٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٥٣٣ – ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٢٦ – وانظر پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢) .

ويذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى اعتبار الشرط المانع مدى حياة المتصرف له باطلا ، ولكن يجوز تحديد مدة معقولة وإن ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه (عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٠ ص ٩١) . وظاهر أن هذا الرأى لا سند له أمام صراحة النص ، =

فإذا لم يكن هناك مقتض لأن تستغرق المدة حياة المتصرف له ، لم يجز الوصول بالمدة إلى هذا الحد . مثل ذلك أن يكون المتصرف له قليل الخبرة والتجربة نظراً لصغر سنه أو يكون قاصراً . فيكفي في هذه الحالة تحديد مدة معقولة يستوفى في أثنائها الخبرة اللازمة ، أو تحديد مدة يبلغ سن الرشد عند انقضائها . فإذا طالت المدة عن هذا الحد ، كان الشرط باطلا ، لأن المدة إذ ذاك تصبح مدة غير معقولة .

وإذا حدد للشرط المانع مدة معقولة على النحو الذى أسلفناه ، ومات المتصرف قبل انقضاء هذه المدة ، فإن الشرط المانع يبقى مع ذلك قائما إلى أن تنقضى المدة . ويحل ورثة المتصرف محله بعد موته فى طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع فيما إذا اقتضى الأمر ذلك .

٣١٨ — الشرط المانع مدى حياة الغير : وإذا كان الشرط المانع يحقق مصلحة مشروعة للغير ، فقد تحدد له مدة معقولة تستغرق حياة هذا الغير . وهذا واضح فيما قدمناه من الأمثلة[١] . فإذا اشترط الواهب على الموهوب له إيرادا يرتبه للغير مدى حياته ، أو حق انتفاع أو حق سكنى يدوم مادام الغير على قيد الحياة ، فإن المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق فى هذه الحالة حياة الغير[٢] .

وإذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة ، انتقلت العين إلى ورثة المتصرف له مثقلة بالشرط المانع : فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها مادام الغير حيا .

٣١٩ — حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا مدته غير معقولة — إحالة : فإذا كان الشرط المانع مدته غير معقولة ، كان باطلا كما قدمنا . ثم ينظر بعد ذلك إلى مصير التبرع نفسه . فإن كان الشرط المانع هو الدافع إلى

— فنص التقنين المدنى المصرى صريح كما رأينا فى إباحة الشرط المانع حتى لو كانت مدته قد حددت بامتداد حياة المتصرف له (إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٧ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ٨٩ ص ٢٩١ هامش ٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٣١٣ .

(٢) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ .

التبرع ، بطل التبرع هو أيضاً . أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان الشرط المانع[1] ، أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى « صح التبرع ولغا الشرط»[2] . وقد سبق أن بسطنا ذلك فى حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع[3] . فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

§ ٢ - الجزاء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف

٣٢٠ - ما يترتب على قيام الشرط المانع من أحكام : إذا قام الشرط المانع صحيحاً ، أى كان لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذى بسطناه ، ترتب على ذلك أن يمتنع التصرف فى العين المتبرع بها طول المدة التى حددت فى الشرط المانع .

فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف فى العين بأى نوع من أنواع التصرفات[4] .

---

(١) وقد قضى بأنه إذا حرم البائع على المشترى منه التصرف فى العين المبيعة تحريماً موقتاً ، كان الشرط جائزاً ، سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض . أما إذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة ، كان الشرط باطلا ، ولا يبنى عليه بطلان العقد إلا إذا كان هذا الشرط فى مقابل الالتزامات التى التزم بها الطرف الآخر (طنطا الكلية ٦ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ - وانظر أيضاً بنى سويف الكلية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٩ ص ١٨٨) .

وإذا كان الشرط المانع مؤبداً أو لمدة غير معقولة ، فهل يجوز للقاضى إبقاء الشرط مع إنقاص مدته إلى ما يقدر أنه الحد المعقول ، مستنداً فى ذلك إلى المادة ١٤٣ مدنى التى تقضى بانتقاص العقد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال فى شق منه دون الشق الآخر ؟ يصعب التسليم للقاضى بهذا المدى الواسع فى السلطة التقديرية ، فإنه فى الحالات الأخرى التى يجرى فيها إنقاصاً فى العقد يكون القانون قد رسم له حداً أقصى لا تجوز مجاوزته ، كما إذا أنقص الفوائد إلى ٧ ٪ أو مدة البقاء فى الشيوع إلى خمس سنوات . أما هنا فليس أمام القاضى حد أقصى فرضه القانون حتى يلتزم ، فالأسلم أن يبطل الشرط المانع بدلا من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر فى الوقت ذاته أن المتصرف كان يرضاها عند إبرام التصرف . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - ص ٨٢ وص ٨٢ هامش ١ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ ص ١٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

(٤) وهذا ما لم يقتصر الشرط على المنع من نقل الملكية دون غيره من التصرفات (جوسران ١ فقرة ١٨٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٠١ - حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٢٩٣ - إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٤ ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور -

له بأن يشترى بثمنها عينا أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1] . كما قد يكون الشرط المانع مقصوراً على وجوب عرض العين ، عند الرغبة فى التصرف فيها ، على شخص معين بالأفضلية على غيره ، فيجب قبل التصرف فى العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى إذا رغب فى شرائها كانت له الأفضلية على غيره ، وقد تقدم بيان ذلك[2] .

وحتى يكون الشرط المانع فى العقار نافذاً فى حق الغير ، أى فى حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط ، يجب تسجيل الشرط المانع . ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الأصلى الذى نقل العين مثقلة بالشرط ، فيذكر فى تسجيل التصرف الأصلى ما ورد فى التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع . ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير ، فإذا وقع تصرف للغير مخالف للشرط المانع ، كان التصرف باطلا كما سنرى وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان .

ومتى كانت العـــين غير قابلة للتصرف فيها (inaliénable) بحكم الشرط المانع ، أصبحت أيضاً غير قابلة للحجز عليها(insaisissable) ، فإن المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز . ولو أن الحجز كان جائزاً لأمكن التحايل على شرط المنع من التصرف ، بأن يقترض المالك مالا ويدع الدائن يحجز على العين ويقتضى حقه منها ، فيكون المالك قد تصرف فى العين على هذا النحو بطريق غير مباشر[3] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣١٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣١٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٢٤٢ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ D. C. ١٩٤١ – ٢٢ – أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٨ – بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٣٠ .

هذا ويلاحظ أن اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصلى يختلف عن عدم جواز الحجز المترتب على عدم جواز التصرف . ففى عدم جواز الحجز بطريق أصلى تنص المادة ٤٨٧ مرافعات على أن « المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائنى الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية إلا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبينة فى المادة السابقة (الربع) » . ويؤخذ من ذلك أن عدم جواز الحجز لا يكون نافذاً إلا فى حق الدائنين السابقين على الهبة أو الوصية ، لأن هؤلاء الدائنين لم يتعاملوا وقت أن ...

ولكن العين غير القابلة للتصرف فيها تكون مع ذلك قابلة للتملك بالتقادم . فإذا كانت عقاراً . كما هو الغالب . كانت قابلة للتملك بالتقادم الطويل دون التقادم الخمسى . لأن التقادم الخمسى يقتضى وجود السبب الصحيح وهو التصرف الناقل للملكية . ومثل هذا التصرف فى العين غير قابلة للتصرف فيها يكون باطلا كما سنرى . فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . وإذا كانت العين منقولا . وهذا نادر . فإنها تقبل التملك بالتقادم الطويل . ولكنها لا تقبل التملك بالحيازة لأن قاعدة الحيازة فى المنقول تقتضى السبب الصحيح أى تصرفا ناقلا لملكية المنقول . ومثل هذا التصرف فى المنقول غير القابل للتصرف فيه يكون باطلا . فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا[1] . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والمال الذى منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم »[2] .

٣٢١ – حكم التصرف المخالف للشرط المانع — القضاء الفرنسى :

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن الشرط المانع الذى يتضمنه التصرف يكون الجزاء على مخالفته فسخ هذا التصرف تطبيقا للقواعد العامة فى الفسخ . فقد تعهد المتصرف له بألا يتصرف فى العين . فترتب فى ذمته التزام بالامتناع عن عمل ، وقد أخل بهذا الالتزام . فيكون جزاء هذا الإخلال هو فسخ التصرف

= نشأت حقوقهم على العين الموهوبة أو الموصى بها ، وقد دخلت هذه العين فى ذمة المدين غير قابلة للحجز عليها . أما إذا كان عدم جواز الحجز مترتبا على عدم جواز التصرف ، فإنه يكون نافذاً فى حق جميع الدائنين ، سواء كانوا سابقين على الهبة أو الوصية أو كانوا لاحقين لها (نقض فرنسى ١٠ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ – ١ – ١١٢ – ٢٧ يوليه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٤ – ١ – ٤٩٤ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٥ – ١ – ٩ – ٢٣ مارس سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ – ١ – ٤١٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠) . بل إن الدائنين اللاحقين للهبة أو الوصية ، إذا كانت حقوقهم قد نشأت فى أثناء المدة المعقولة المحددة للشرط المانع ، لا يجوز لهم الحجز على العين حتى بعد انقضاء هذه المدة (نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٢٤٢ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٩ D. C. ١٩٤١ – ٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٧ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣١) .

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفه فقرة ٢٨٠ ص ٢٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ .

الأصلى . ومن ثم تعود العين إلى ملك المتصرف ، ويسقط تبعا لذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف إليه[1] .

ولكن القضاء الفرنسى لم يقف عند تطبيق القواعد العامة فى هذه المسألة ، فقد أجاز أن يطلب المتصرف (أوذو المصلحة المشروعة) ، لا فسخ التصرف الصادر منه ، بل إبقاءه والاقتصار على إبطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع[2] . فيجوز إبطال كل تصرف مخالف للشرط المانع[3] ، وكذلك إبطال كل رهن يصدر من المتصرف له إذ يكون هذا الرهن مخالفا للشرط المانع[4] . وكذلك إبطال كل نزول من جانب المتصرف له عن الرهن الذى يكفل ما تلقاه بالهبة أو الوصية من إيراد مرتب[5] . بل إن الإبطال يتناول ما ترتب على العين من رهن قانونى أو رهن قضائى[6] . ولا يكون المتصرف له الذى صدر منه التصرف المخالف للشرط المانع مسئولا عن هذا التصرف الأخير ، ومن ثم لا يجب عليه الضمان[7] .

والذى يطلب الإبطال هو من تقرر الشرط المانع لمصلحته . فإذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الواهب ، فالواهب وحده دون الموهوب له هو الذى يطلب الإبطال[8] . أما إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة

---

(١) سافاتييه ١ فقرة ٦٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ – ١ – ٢٠٤ – باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ – ٢ – ١٧١ – ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٢٠٤ – تولوز ١٦ يناير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ – ٢ – ١٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ – ١ – ٤٤٣ – ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ – ١ – ١٥٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٧٧ – باريس ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ٢٠٤ – روان ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ – ٢ – ٢٢٦ .

(٥) بمونج ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ – ٢ – ٢٨٢ .

(٦) دريه ٢ يونيه سنة ١٨٩٢ تحت حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ – ١ – ٢٧٦ .

(٧) باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ – ٢ – ١٧١ .

(٨) نقض فرنسى ٢٧ نوفبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ – ١ – ٥٦٦ .

الموهوب له أو لمصلحة أجنبي ، فإن الموهوب له أو الأجنبي ، دون الواهب ، هو الذى يطلب الإبطال[١] .

وينفذ الإبطال فى حق من تلقى التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا حسن النية لا يعلم بهذا الشرط[٢] . وقد قدمنا أنه يجب تسجيل الشرط المانع ، فمتى سجل كان نافذاً فى حق من تلقى التصرف .

٣٢٢ – الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد : لو أن القضاء الفرنسى اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، مادام لا يوجد نص خاص ، لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصلى الذى تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف فى العين . ولكن هذا الجزاء يجاوز فى كثير من الأحيان الغرض الذى قصد إليه المتصرف من الشرط المانع ، فهو لم يرد إذا خولف هذا الشرط أن يحرم المتصرف له من العين ، بل كل ما أراد هو أن تبقى العين له دون أن يتصرف فيها لأحد . لذلك ترك القضاء الفرنسى التصرف الأصلى قائما ، واقتصر على إبطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع . فعلى أى أساس يقوم هذا القضاء ؟

قيل إن الشرط المانع يرتب التزاما فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، أى بالامتناع عن التصرف فى العين ؛ فإذا أخل الملتزم بهذا الالتزام وتصرف فى العين ، جاز أن يكون الجزاء على الإخلال بالالتزام هو التعويض العينى ، أى إبطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع . وهذا ماتقضى به المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، فهى تقرر أن الدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل من حقه أن يطلب إزالة ما تم مخالفا لهذا الالتزام (a la droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit)[٣] . ولكن هذا القول مردود بأن المقصود بعبارة « الإزالة »

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٣٥٦ – ٢٢ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ – ١ – ٢٣٧ – ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ – ١ – ١٧٧ – بيزانسون ١٤ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٣ – ٢ – ١١٠ – باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ – ٢ – ١٨١ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠٢ .

(٣) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٠٢ ص ١٢٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩ .

(soit détruit) الواردة فى آخر المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى هو الهدم المادى . لا إبطال التصرف المخالف للالتزام بالامتناع[1] .

وقيل إن الشرط المانع إنما يجعل المتصرف له ناقص الأهلية : فلا يملك التصرف فى العين تصرفا صحيحا ، بل يكون تصرفه فيها قابلا للإبطال[2] . وهذا القول مردود أيضاً بأن نقص الأهلية إنما يحدده القانون ، ولا يجوز للشخص بإرادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية[3] . ولو سلمنا جدلا بأن المتصرف له يصبح بالشرط المانع ناقص الأهلية ، لكان هو وحده الذى يطلب إبطال التصرف الصادر منه مخالفا للشرط المانع . ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير . وقد رأينا أن القضاء الفرنسى يسلم بأن لأى من هذين طلب الإبطال متى كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته .

وقيل إن الشرط المانع إنما يقع على العين ذاتها فيجعلها غير قابلة للتصرف فيها ، فى حدود المصلحة التى تقرر الشرط المانع لحمايتها[4] . ويرد على هذا القول بما يأتى : (١) إن القول بأن الشرط المانع يجعل العين غير قابلة للتصرف فيها لا يتفق مع القول بأن التصرف المخالف للشرط المانع إنما يكون قابلا للإبطال . فمتى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها ، ترتب على ذلك فى منطق القانون أن يكون كل تصرف فيها باطلا ، لا قابلا للإبطال . (٢) وحتى مع التسليم جدلا بالقابلية للإبطال (أى بالبطلان النسبى) ، فإن أسباب القابلية للإبطال طبقا للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر . فهى ترجع إما لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء . فلا يستطيع إذن الطرفان باتفاق بينهما ، ودون نص خاص فى القانون يجيز لهما ذلك . أن يخلقا سببا آخر للقابلية للإبطال . (٣) ثم إن القول بالقابلية للإبطال لا يسيغ إلا للمتصرف له . وهو من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته . أن يطلب الإبطال . وهذا يجعل الشرط المانع ليست له قيمة عملية ، فإن المتصرف له لن يطلب إبطال تصرف صادر منه هو ، فيعرض نفسه للرجوع عليه بالضمان ورد الثمن الذى قبضه : وهو

---

(١) انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ هامش ٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى چوسران ١ فقرة ١٨٥٠ .

(٣) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

(٤) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٢٢٨ – مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

حريص على أن يستبقى الثمن[1] . (٤) وإذا أراد القضاء الفرنسى أن يتحول من البطلان النسبي إلى البطلان المطلق . فإنه يصادف نفس العقبة إذ أن البطلان المطلق يفترض أن العين غير قابلة للتصرف فيها كما قدمنا . وعدم قابلية العين للتصرف فيها أمر لا يصح أن تنشئه إرادة الطرفين ، بل لابد فيه من نص تشريعي ، وهذا النص التشريعي غير موجود فى القانون الفرنسى[2].

والواقع أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادى محض . ينقصه النص التشريعى الذى يستند إليه . وهو فى الوقت ذاته قضاء لا يخلو من التناقض . فهو يقيم دون نص الأساس للبطلان المطلق ، ثم يستخلص منه . دون نص كذلك . البطلان النسبي . هذا من الناحية النظرية . ومن الناحية العملية . هو قضاء لا يفى بالحاجات العملية ، فهو لا يسمح للمتصرف أن يطلب إبطال التصرف الصادر من المتصرف له مخالفا للشرط المانع ، والمتصرف له لن يطلب إبطال التصرف الصادر منه كما قدمنا . وبذلك يتجرد الشرط المانع من كل قيمة عملية .

ويتبين من كل ذلك أن المسألة فى حاجة إلى نص تشريعى يضع الأمور فى نصابها . وهذا النص التشريعى قد وجد فى التقنين المدنى المصرى .

٣٢٣ — البطلان فى التقنين المصرى بطلان مطلق — نص تشريعى : لم يشأ التقنين المدنى المصرى أن يسكت عن تحديد مصير التصرف الذى يقع مخالفا للشرط المانع ، ، فنصت المادة ٨٢٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة . فكل تصرف مخالف له يقع باطلا »[3] .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣١ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٧ سابعا .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٥ – ص ٧٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن بعض أحكام القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كانت تقضى بالبطلان المطلق على الوجه المنصوص عليه فى المادة ٨٢٤ =

ونحن ، قبل تناول النص ، أن نبين أولا التكييف القانونى للشرط المانع . فهل هذا الشرط يقتصر على ترتيب التزام شخصى فى ذمة المتصرف له يمنعه من التصرف فى العين ، أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها[1] ؟ اختار التقنين المدنى المصرى التكييف الثانى ، فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . ويترتب على ذلك بطلان أى تصرف يقع مخالفا للشرط المانع بطلانا مطلقا . وهذه نتيجة منطقية ، بل هى نتيجة بديهية ، لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها . ولما كان ذلك يحتاج إلى نص تشريعى ، فقد أورد التقنين المدنى هذا النص فى المادة ٨٢٤ مدنى سالفة الذكر ، حيث صرح كما رأينا بأن كل تصرف مخالف للشرط المانع « يقع باطلا » . ولاشك فى أن التصرف الباطل ، فى لغة التقنين المدنى المصرى ، هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا ولاشىء غير ذلك . أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبى ، فإنه يستعمل دائما لأداء هذا المعنى عبارة « قابل للإبطال » .

فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن ، فى التقنين المدنى المصرى ، تصرف باطل بطلانا مطلقا بصريح النص . وهذا الحكم فيه مزيتان يتفوق بهما على القضاء الفرنسى :

(المزية الأولى) أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ، فجزاء التصرف فى عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى . أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على ترتيب التزام شخصى فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف ، لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو

= من التقنين المدنى الجديد : استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - طنطا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) انظر مناقشة هذه المسألة فى بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٦ .

البطلان المطلق . ولا هو البطلان النسبي . بل هو فسخ التصرف الأصلي . ولم يرد التقنين المدني المصري أن يجاوز ما قصد إليه المتصرف من إيراده الشرط المانع ، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلي ، بل إبقاء هذا التصرف قائما مع إلغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(المزية الثانية) عالج التقنين المدني المصري بالحكم الذي أورده – البطلان المطلق – عيبا وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه إلى البطلان النسبي . فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف . ولكل ذي شأن ، أن يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط . حتى لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده[1] . فأصبح للشرط المانع بذلك قيمة عملية تؤدي إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا لهذا الشرط ، سواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير . فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة ، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذي تعاقد مع المتصرف له . فمتى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين ، كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط التمسك بالبطلان . وكان كذلك للمتصرف وله دائما مصلحة أدبية في عدم مخالفة الشرط المانع الذي فرضه ، وللغير إذا تقرر الشرط المانع لمصلحته ، التمسك بالبطلان .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح . فإن خولف . كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي .

---

(١) وحتى لو كان من تعامل مع المتصرف له في التصرف المخالف للشرط المانع حسن النية ، أي لا يعلم بالشرط المانع ، متى كان هذا الشرط قد تضمنه تسجيل التصرف الأصلي . وبهذا يقول القضاء والفقه في فرنسا (باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ جازيت دي تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠١ – كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ – وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٥ – مارتي ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ – ص ٧١) .

والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف ، إذ له دائما مصلحة فى ذلك . ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير ، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما[1] . وهذه هى القاعدة التى سبق تقريرها فى الاشتراط لمصلحة الغير[2] .

---

(١) يلاحظ أنه فيما يتعلق بالمتصرف له يجوز له دائما طلب بطلان التصرف المخالف لشرط المانع ، حتى لو كان هذا الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة الغير دون مصلحته هو ، لأنه أحد طرفى التصرف الباطل . فالمتصرف له ، كالمتصرف ، يجوز له دائما طلب البطلان . وهذا بخلاف الغير ، فلا يجوز له طلب البطلان إلا إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته ، وذلك حتى تكون له مصلحة تسوغ له وهو من الغير طلب بطلان التصرف . وعلى هذا الوجه يجب أن تفهم المذكرة الإيضاحية .

والمشترى من المتصرف له هو الطرف الآخر فى التصرف الباطل ، ومن حقه كما قدمنا أن يطلب هو أيضاً البطلان . وليس هذا غريبا فى منطق البطلان المطلق ، وهو بعد لا يخلو من فائدة للمشترى إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان ، فلا يطالب بالثمن إذا كان لم يدفعه ، أو يسترده إذا كان قد دفعه . قارن شفيق شحاتة فقرة ١٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ – وقد تضاربت الآراء فى الفقه المصرى فى هذه المسألة :

فقد ذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى أن « الاتفاق على المنع من التصرف يتولد عنه فقط التزام بالامتناع عن عمل هو التصرف ... فإذا تصرف الملتزم بعدم التصرف فإنه يكون قد أخل بالتزامه ... ولذلك فإنا نرى أن المتصرف يستطيع أن يطلب إبطال التصرف كطريق من طرق التنفيذ العينى » . (شفيق شحاتة فقرة ١٠٣ ص ١٢٨ – ص ١٢٩ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « وتثور الصعوبة بصدد تحديد أحكام هذا البطلان . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط ، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . ولكن مقتضى البطلان المطلق أن يكون لكل ذى مصلحة التمسك به ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة (م ١٤١) . وتلك نتائج لا تستقيم مع الغرض المقصود من الشرط المانع ، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين . فيجب – على الأقل حيث يكون الشرط المانع مقررا لمصلحة شخص آخر غير المالك (المشترط أو الغير) – أن يكون هو صاحب الشأن الأول فى الانتفاع بتلك الحماية ، فيجب أن يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته به ، ويكون له أن يتنازل عن حقه فى الإبطال بإجازة التصرف المخالف . ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبى منطبقة انطباقا تاما . فالبطلان النسبى طبقا للقواعد العامة إنما يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، فى حين أن الشرط المانع قد يكون مقررا لحماية المشترط أو الغير وهو ليس طرفا فى التصرف المخالف . وإذا كان الشرط المانع مقررا لحماية المالك نفسه من رعونته أو تبذيره ، فإن تطبيق أحكام البطلان النسبى تطبيقا كاملا يقتضى قصر طلب بطلان التصرف المخالف على المالك وتخويله حق —

المبحث الثانى

خصائص حق الملكية

٣٢٤ — خصائص ثلاث لحق الملكية : يقال عادة إن حق الملكية له خصائص ثلاث : (١) فهو حق جامع (total) . (٢) وهو حق مانع

= الإجازة ، وذلك كفيل بتجريد الشرط من قيمته العملية . ولذلك يتعين فى هذه الحالة تخويل المشترط حق طلب الإبطال بناء على ما له من مصلحة أدبية . وبالتالى فلا تكفى إجازة المالك لكى يصبح التصرف المخالف فى مأمن من الإبطال بل يجب أن تنضم إلى إجازة المشترط » (إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٩٠) — وانظر أيضاً قريباً من هذا المعنى : حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٣٠١ وص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٣ ص ١٧٣ — ص ١٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١١٦ .

ويقول الأستاذ محمد على عرفة : « الواقع أن اشتراط المنع من التصرف فى ذاته لم يجر على حكم القواعد العامة ، فلا محل إذن لمحاولة إسناد الجزاء المترتب على مخالفته إلى أساس من المبادئ المقررة فى القانون . وكل ما يمكن قوله فى هذا الصدد هو أن القضاء قد أباح للأفراد الخروج على النظام القانونى للملكية ، فأباح اشتراط المنع من التصرف فى الأموال ، وذلك من شأنه أن تصبح هذه الأموال مثقلة بتكليف عينى (charge réelle) ، فتخرج عن دائرة التعامل ، وهو ما يؤدى إلى بطلان كل تصرف فيها على خلاف مقتضى هذا التكليف » (محمد على عرفة فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩) . ثم يقول فى موضع آخر : « قرر المشرع فى المادة ٨٢٤ ... وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية ... والواقع أن المشرع لم يحسم بهذا الحكم ذلك الخلاف فحسب . فقد انقضى ذلك الخلاف بما استقر عليه القضاء الفرنسى من تقرير بطلان التصرف المخالف ، ولكنه رد البطلان إلى أساسه القانونى السليم أيضاً ، بأن قرر بطلانا مطلقا ، لا نسبيا كما ذهب إليه القضاء الفرنسى » (محمد على عرفة فقرة ٢٨٢ ص ٣٧٠) . ونحن نؤيد الأستاذ محمد على عرفة فيما ذهب إليه تأييدا تاما ، ولا نتوقف إلا فى شىء واحد هو قوله « فتخرج عن دائرة التعامل » . ففى رأينا أن المال الممنوع التصرف فيه لم يخرج عن دائرة التعامل ، إلا إذا أريد بالتعامل التصرف ، فهو مال خرج عن دائرة التصرف دون أن يخرج عن دائرة التعامل ، إذ هو لا يزال قابلا للتعامل فيه فيما لا يتعارض مع الغرض من الشرط المانع . فيجوز إيجاره وتوارثه وتملكه بالتقادم ونزع ملكيته للمنفعة العامة وما إلى ذلك (انظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ١١١ — ص ١١٢) .

انظر أيضاً فى معنى البطلان المطلق : محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤١٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٨ ص ١٦٤ — ص ١٦٧ — جميل الشرقاوى فى رسالته فى البطلان فقرة ٤٠ ص ١١٣ — ص ١١٤ .

(exclusif) . (٣) وهو حق دائم (perpétuel) . وكان يقال قديما إن الملكية حق مطلق (absolu) . وقد رأينا[١] أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد ، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية .

ونعالج الخاصيتين الأوليين – الملكية حق جامع مانع – فى مطلب ، ونفرد للخاصية الثالثة – الملكية حق دائم – مطلباً ثانيا لأهميتها :

المطلب الأول

الملكية حق جامع مانع

٣٢٥ – الملكية حق جامع : قدمنا أن الملكية حق يشتمل على أوسع السلطات التى يمكن أن تكون للشخص على الشىء ، فهى تخول المالك الانتفاع بالشىء (jus utendi) ، واستغلاله (jus fruendi) ، والتصرف فيه (jus abutendi) . وليس لصاحب أى حق عينى آخر على الشىء كل هذه السلطات جميعا ، بل لا يكون له إلا بعضها . ثم إن للمالك أن يصنع بملكه ما يشاء ، إلا ما منع منه القانون . فالأصل فى الملكية الإباحة ، والتحريم هو الاستثناء . ولابد فى الاستثناء من نص . وهذا النص لا يجوز التوسع فى تفسيره[٢] . ومن ثم كانت الملكية حقا جامعا (plena in re potestes) .

ويترتب على أن الملكية حق جامع أمران :

(الأمر الأول) أن الأصل فى حق المالك أن يكون جامعا لكل السلطات ، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا . ومن يدعى أن له حقا فى ملك الغير ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى أن هناك قيدا تقرر لمصلحته على ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف ، فعليه هو ، لا على المالك ، يقع عبء الإثبات . ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات ، فما لم يثبت أحد أن القانون أو الاتفاق خول له بعضها بقينا على حكم الأصل ، واعتبرنا الملكية جامعة أى خالية من أى قيد[٣] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩٧ .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣٦ .

(٣) أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٩٠ ص ٢٤٨ – بودرى وشوفو فقرة ٢٠٢ .

(والأمر الثانى) أن أى حق يتفرع عن الملكية يكون عادة موقتا . فحق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكنى هى بالضرورة حقوق موقتة ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها . وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقا موقتة ، وإذا لم تحدد لها مدة فإن هناك أسبابا معينة ذكرها القانون لانقضائها سيأتى بيانها عند الكلام فى حقوق الارتفاق (انظر المواد ١٠٢٣ – ١٠٢٩ مدنى) . وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة ، اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتما بانقضاء الحقوق الشخصية التى تكفلها . ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هى حقوق موقتة على النحو الذى رأيناه ، فإن أى حق منها متى استوفى مدته ، ارتد حتما وبحكم القانون إلى الملكية ، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه . ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا ، فإليه يعود جميع ما تفرع عنه من حقوق بعد أن تستنفد هذه الحقوق مدة بقائها . فإذا استنفد حق الانتفاع مثلا مدة بقائه ، ارتد إلى الرقبة ، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها .

٣٢٦ – الملكية حق مانع : ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه ، أو أن يتدخل فى شؤون ملكيته . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء ، مادام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ... » . وقد عدل النص فى لجنة المراجعة ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء وحده ... »[1] ، فحل لفظ « وحده » محل عبارة « دون أى تدخل من الغير » ، دون تغيير فى المعنى . وتأكيدا لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، حذفت لجنة مجلس الشيوخ من مشروع التقنين المدنى عندما كانت تنظره نصا (م ١١٧٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتى : « إذا تدخل الغير فى انتفاع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩٢ فى الهامش .

المالك بملكه ، وكان هذا التدخل ضروريا لتوقى خطر داهم هو أشد كثيراً من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل . فليس للمالك أن يمنع ذلك ، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر»[١] . وقالت اللجنة فى تقريرها : اقترح حذف المادة .... لما قد تؤدى إليه من انتهاك حرمة ملك الغير ، وما قد تخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها . وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية . وأن فى فكرة التعسف فى استعمال الحق ما قد يغنى عن أحكام هذه المادة فى كثير من الفروض التى تقصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة»[٢].

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « (١) يضع هذا النص مبدأ عاما يقيد من حق الملكية تقييداً أساسيا ، سترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد . والمبدأ مقتبس من التقنين الألمانى ، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة . فإن الغير قد يجد نفسه مضطراً إلى التدخل فى انتفاع المالك بملكه ، حتى يتوقى ضرراً هو أشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من هذا التدخل . لذلك وجب اختيار أهون الضررين ، فيتحمل المالك الضرر الأخف حتى يدرأ عن الغير الضرر الأشد . ولا يترك المالك بعد ذلك دون تعويض ، بل يعوض تعويضاً عادلا عما أصابه من الضرر . وما حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور إلا تطبيقات لهذا المبدأ . (٢) ويلاحظ أن التقنين الألمانى عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه أنه لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من استعمال ملكه ، أما المشروع فقد استعمل تعبيراً أوسع فذكر « تدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه » . والتعبير بالتدخل فى انتفاع المالك ينطوى تحته الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، كما تنطوى تحته حالة الضرورة ، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين فى العمل غير المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ – ص ٣٠ فى الهامش – وقد قضى بأن لمالك البناء ، فى سبيل إصلاحه وترميمه ، أن يستعين بملك الجار ، كأن يضع فيه سلما أو نحو ذلك مما يستعان به فى ترميم البناء مادام تعديه على ملك الجار خفيفا وموقوتا ، على أن يكون للجار الحق فى الحصول على تعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب هذا التعدى (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ٢٩٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ مدنى على أن « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، فلا يكون ملزما إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » . ولكن من جهة أخرى قضى بأن ترخيص مصلحة التنظيم بإحداث بناء لا يقلل من حق الجار الملاصق فى المعارضة فى أن يقام هذا البناء مستنداً على عقاره هو ، ولو لم يكن ذلك مهدداً لسلامة مبانيه (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٣٩ ص ٦٦٩) .

وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ أيضاً نصا (م ١١٧٩ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على –

وليس قصر الملكية على المالك خاصا بحق الملكية وحده ، بل إن كل حق آخر ، عينيا كان الحق أو شخصياً ، مقصور على صاحبه . ولكن القصر فى حق الملكية أكثر بروزا من القصر فى غيره من الحقوق ، لأن حق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقا فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثراً .

ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين فى وقت واحد . يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع ، ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله ، بل يملك جزءاً منه شائعا . ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون ، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء ، دون أن يملك كل منهم البناء كله . ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء فى وقت واحد ، على نحو ما نراه فى الحق الشخصى عندما يكون له دائنان متضامنان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة إلى المدين ، لما كانت الملكية حقا مانعا ، إذ هى لم تمنع أن يوجد إلى جانب مالك الشيء مالك آخر يملك فى وقت واحد نفس الشيء وكل الشيء[1] .

٣٢٧ — ما يرد من القيود على أن الملكية حق جامع مانع : وإذا قلنا إن الملكية حق جامع مانع ، فإن هذا هو الأصل . ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات كثيرة ، من شأنها أن تقيد من شمول حق الملكية ومن قصرها على المالك .

فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء ، بل وتبيح

= الوجه الآتى : « على كل مالك أن يأذن ، فى نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذى مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة ، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . كما حذفت لجنة المراجعة نصا (م ١١٨٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتى : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المرور فى الطريق متعذراً ، أن يسمح بمرور الجمهور فى أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول ، فإذا نشأ عن ذلك ضرر وجب على الجهة الإدارية القائمة على شئون الطرق العامة أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨ — ص ٥٠ — وسنعود إلى هذين النصين عند الكلام فى قيود الملكية (انظر ما يلى فقرة ٤٢٥ فى الهامش) .

(١) انظر بودرى وشوفو فقرة ٢٠١ .

تدخل الغير فى ملكه . من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وما يفرضه على الجار فى ألا يجاوز مضار الجوار المألوفة . وفى مراعاة مسافة معينة فى فتح مطل على جاره . وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية .

ومن ذلك جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها للمنفعة العامة ، بعد أن يدفع للمالك مقدما تعويض عادل .

ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية ، يفرض على المالك القيام بها .

ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشترى الأصلى .

ومن ذلك ما أعطى للمستأجر ، سواء كان مستأجر الأماكن أو مستأجر الأراضى الزراعية ، من حقوق واسعة تقيد من سلطات المالك وتلزمه ألا يجاوز فى تحديد الأجرة حدا معينا . وفى ألا يخرج المستأجر من ملكه بعد انتهاء الإيجار .

ومن ذلك التسعير الجبرى ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يجاوز حدا معينا .

ومن ذلك ما استحدث أخيراً من تأميم المشروعات الخاصة ، فتنزع ملكيتها جبراً على أصحابها ، وبعد أن كانت جزءاً من القطاع الخاص تصبح تابعة للقطاع العام .

ومن ذلك مايفرضه قانون الإصلاح الزراعى من ألا تجاوز الملكية الزراعية أو الحيازة حداً معينا .

وسنعرض لهذه القيود تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية .

المطلب الثانى

الملكية حق دائم (*)

٣٢٨ — الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشىء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك : وإذا قلنا إن الملكية حق دائم ، فإنما نقصد أنها حق دائم بالنسبة إلى الشىء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك . ذلك أن الملكية تبقى مادام الشىء المملوك باقيا ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشىء أى بهلاكه . فهى إذن حق دائم بالنسبة إلى الشىء المملوك ، فمادام هذا الشىء باقيا لم يهلك فهى دائمة لا تزول .

ولكن شخص المالك لا يبقى واحدا على الدوام ، فكثيراً ما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر ، فيتغير شخص المالك حتى لو كان هذا المالك شخصا معنويا . فإذا كان شخصا طبيعيا ، فالملكية لا شك منتقلة إلى شخص آخر بعد وقت محدود لا يجاوز عمر المالك ، وإذا مات هذا انتقلت الملكية إلى وارثه أو إلى من أوصى له بالملك . ولكن تغير شخص المالك لا يعنى عدم دوام الملكية ، فالملكية باقية هى بعينها حتى لو انتقلت إلى شخص آخر ، وانتقال الملكية لا يعنى زوالها . ويقال فى هذا المعنى عادة إن الملكية تتأبد بانتقالها (La propriété se perpétue en se transmettant)[1] .

وللدوام حق الملكية على النحو الذى بيناه معان ثلاثة ، المعنيان الأولان لا خلاف فيهما ، والمعنى الثالث وحده هو محل الخلاف .

٣٢٩ — المعنى الأول لدوام حق الملكية — الملكية بطبيعتها غير موقتة : وأول معنى يفيده دوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير

(*) مراجع : Chauffardel فى دوام حق الملكية رسالة من إكس سنة ١٩٣٣ — Aulagnon فى دوام الملكية المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ .

(١) بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ — مازو فقرة ١٣٤٨ .

وانظر فى دفع الاعتراضات الواردة على انتقال حق الملكية والقائلة بأن حق الملكية يزول عند انتقاله ، وينشأ حق ملكية جديد لمن خلف المالك الأصلى : مارتى ورينو فقرة ٤٨ — بلانيول ودلبير وبرلانجيه فقرة ٢٦٢٦ وفقرة ٢٨٥٩ .

موقت . وقد قدمنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها موقتة ، أو يمكن أن تكون موقتة . فالحق الشخصى لا يمكن أن يكون دائما . ولا بد من انقضائه فى وقت ما ، تبعا لما يرد عليه من أسباب الانقضاء . والحقوق العينية غير حق الملكية . كحق الانتفاع وحق الحكر وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز ، كلها حقوق موقتة على الوجه الذى بسطناه . وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون موقتة ، وحتى لو لم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضى بها . وقد سبق بيان كل ذلك[1] . فهذه الحقوق جميعا تزول قبل أن يزول الشيء الذى ترتبت عليه ، وليس من الضرورى أن تبقى ببقاء هذا الشيء .

أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق فى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا ، وفى أن القانون لم يحدد له وقتا معينا لانقضائه . فهو حق دائم ، وإذا انتقل إلى شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول[2] .

وفى حين أن أسباب كسب الملكية ، كمصادر الالتزام ، أسباب متعددة يعنى القانون بتنظيمها عناية تامة ، إذا بأسباب زوال حق الملكية ، على خلاف أسباب انقضاء الالتزام ، تنحصر فى رأينا فى هلاك الشيء المملوك . فالملكية إذن حق دائم ، مادام الشيء المملوك قائما .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٢٥

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٢٨ – وقد أخذ على هذا المعنى أنه بقية من بقايا الخلط ما بين حق الملكية والشيء المملوك ، فحق الملكية يستغرق كل سلطة على الشيء حتى أنه يمتزج به ويتجسد فيه ، ويصبح حق الملكية هو الشيء نفسه ، ومن ثم يدوم دوام الشيء (إسماعيل غانم فقرة ٢٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٧) . وفى رأينا أن هذا المعنى فى دوام الملكية لا يأتى من اختلاط الملكية بالشيء على النحو الذى كان الرومان يذهبون إليه ، وإنما يأتى من أن الملكية كحق متميز عن الشيء المملوك هو الأصل الذى تتفرع عنه سائر الحقوق العينية . وإذا كان الشيء له وجود قانونى فعنوان وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية . ويبقى هذا الحق قائما على سبيل الدوام ، وإذا تفرعت عنه حقوق أخرى فصير هذه الحقوق إلى الزوال ، فإذا ما زالت عاد حق الملكية كاملا كما كان ، وبقى دائما دون أن ينتقص من دوامه تفرع بعض الحقوق عنه . فإذا ما زال الوجود القانونى للشيء ، بهلاكه فى العقار والمنقول ، أو بالتحلى عنه فى المنقول حيث ينقلب الوجود القانونى إلى وجود فعلى ، زال حق الملكية . فحق الملكية إذن مرتبط : لا بالوجود الفعلى للشيء ، بل بوجوده القانونى . قرب من المعنى الذى نقول به حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٠ – ص ١٦٣ ، وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٧ – ص ١٩ .

٣٣٠ — المعنى الثانى لدوام حق الملكية — الملكية لا تزول بعدم الاستعمال : والمعنى الثانى لدوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال (non-usage) . وحق الملكية . دون الحقوق الأخرى . هو الذى يتميز بهذه الخاصية . فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط ، وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) التى تضمنها . وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية — فيما عدا حق الملكية — بعدم الاستعمال فحق الانتفاع (وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى) . تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كما هو صريح النص (م ٩٩٥ مدنى وم ٩٩٨ مدنى) . وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة » إلا إذا كان موقوفا فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى) . وتنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة (م ١/١٠٢٧ مدنى) . أما حق الملكية ، فهو وحده الذى لم يرد فى شأنه نص يقضى بزواله بعدم الاستعمال . وذلك أمر طبيعى ، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشىء المملوك ، والمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ، ومهما طالت مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول[1] .

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن بقاء الملكية مهما طالت مدة عدم الاستعمال ، وإن كان هذا هو القانون الوضعى . لا يقوم على أساس من جوهر الملكية ، وأنه من المرغوب فيه أن يتقرر تشريعيا إسقاط حق المالك ، على الأقل فيما يتعلق بملكية وسائل الإنتاج ، إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة . وأيلولة حق الملكية للدولة تمشيا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية (إسماعيل غانم فقرة ٢٧ ص ٥٥ — ص ٥٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ — ص ٢٢) .

ونحن نرى ، على العكس من ذلك ، أن عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال يقوم على أساس من جوهر الملكية . فادامت الملكية تدوم مادام الوجود القانونى للشىء المملوك، ومادام المالك له أن يستعمل الشىء أو ألا يستعمله ، وأن يستغله وألا يستغله، فإن طبيعة الملكية تقتضى إذن أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال . وإذا كانت الحقوق الشخصية تزول بالتقادم المسقط ، فذلك لأن هناك مدينا من حقه أن يطمئن إلى ما استقر عليه وضعه بعد تمام مدة التقادم ، ولأن الدائن تلحق به مظنة الإهمال إذا هو لم يطالب بحقه بعد حلوله إلى أن تنقضى مدة التقادم . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال، فذلك لأنها حقوق مقتطعة من حق الملكية =

وما دام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فإن الدعوى التي تحميه ، وهي دعوى الاستحقاق ، لا تسقط هي أيضاً بالتقادم[1] . ولا يتصور أن يكون الحق نفسه غير قابل للسقوط بالتقادم ، وتسقط مع ذلك بالتقادم الدعوى التي يطلب بها هذا الحق[2] .

وإذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط ، فإن هذا لا يمنع من كسبه بالتقادم المكسب[3] . فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ،

= مقيدة لهذا الحق ، وهناك مالك من حقه أن يطمئن إلى ما استقر عليه وضعه من تحرير ملكيته وزوال ما اقتطع منها بعد تمام مدة عدم الاستعمال . أما حق الملكية ذاته ، فإن عدم استعماله موكول إلى إرادة المالك ، ولا يوجد أحد من الأفراد يتأذى من عدم استعمال المالك لملكه . إذ لا يوجد أحد يكون قد اطمأن إلى ما استقر عليه من وضع بسبب عدم استعمال المالك لملكه . إلا إذا كان شخصاً قد حاز الشيء المملوك ، فإنه عندئذ يكسبه بالتقادم المكسب . وإذا قيل إن المجتمع يتأذى من عدم استعمال المالك لملكه ، فهذه حجة لا يجوز تعميمها ، والأولى ترك أمرها إلى المشرع الذي ينوب عن المجتمع ، فهو الذي يقدر في حالات خاصة متى يتأذى المجتمع فيقضي بتشريع استثنائي أن الملكية تسقط من المالك بعدم الاستعمال ، وتؤول إلى الدولة . ولا يكون ذلك كما قدمنا إلا على سبيل الاستثناء وفي حالات خاصة ، منها ما كانت المادة ٢/٨٧٤ مدني تقضي به من رجوع الملكية إلى الدولة إذا كف المالك عن استعمال الأرض غير المزروعة مدة خمس سنوات متتابعة خلال السنوات الخمس العشرة التالية للتملك (وقد ألغى هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) ؛ ومنها ما تقضي به المادة ٣/١٤ من قانون الإصلاح الزراعي من إسقاط الملكية عمن وزعت عليه الأرض إذا لم يعن بزراعتها في خلال خمس سنوات من تاريخ إبرام عقد التوزيع النهائي (قارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ هامش ٢) . ويقرب من هاتين الحالتين ما تقضي به المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من أنه لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية . فهنا لا يؤول الملك إلى الدولة ، ولكن المالك يجبر على إيجار ملكه (الوسيط ٦ فقرة ٦٨٧) . انظر في هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٧٠ – ص ١٧٢ – محمد علي عرفة فقرة ١٦٠ ص ٢٠٠ – ص ٢٠١ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٣ ص ٢٣ – ص ٢٤ – محمد كامل مرسي ١ فقرة ٢٠٣ ص ٢٧٢ .

(١) نقض فرنسي ١٢ يوليه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ١٤١ – ١٠ مايو سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧ – ٣٤٦ – السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ . J. ٣٣٥٠ – مازو فقرة ١٣٤٩ ص ١١٠١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ – مارتي ورينو فقرة ٤٩ – فقرة ٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٨ – ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ – ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٢ – ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١ – ٢٥ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٧ – ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠ .

وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فإن ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد . ولكن ذلك لا يعنى ، كما هو ظاهر ، أن الملكية زالت بالتقادم . ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصلى لم يأت عن طريق فقده للملكية بالتقادم المسقط . بل أتى عن طريق التقادم المكسب ففقد المالك الأصلى حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق .

ولا يختلف المنقول عن العقار فى شىء مما تقدم، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط ، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب(١) . غير أن المنقول يختص بحكم فى هذا الصدد ينفرد به عن العقار ، فقد نصت المادة ٨٧١/١ مدنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » . فالتخلى عن المنقول (abandon) يزيل ملكيته ، ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يتملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء . ولم يرد مثل هذا النص فى العقار ، فالتخلى إذن عن العقار (délaissement) ، كما إذا تخلى الحائز للعقار المرهون عن العقار أو تخلى من يثقل عقاره حق عينى أو تكليف عينى للتخلص من هذا الحق أو التكليف ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية(٢) .

---

(١) ويكسب المنقول بالحيازة بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، إذا كان الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح . فإن لم تتوافر هذه الشروط ، ملك الحائز المنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . أما إذا توافرت الشروط ، ولكن المنقول كان مسروقا أو ضائعا ، فإن المالك يستطيع أن يسترده من الحائز حسن النية فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، بشرط أن يعجل للحائز الثمن الذى دفعه إذا كان قد اشترى المنقول بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله (م ٩٧٧ مدنى) . ومدة ثلاث السنوات التى يجب أن يسترد المالك فى خلالها المنقول من الحائز ليست مدة تقادم ، بل هى ميعاد إسقاط (délai de déchéance) .

(٢) انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٨ – ص ١٧٠ – وانظر عكس ذلك وأنه إذا تخلى المالك عن العقار بقصد النزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة ، استنادا إلى المادة ٨٧٤/١ مدنى التى تقضى بأن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ هامش ٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ – وانظر فى نقد هذا الرأى الأخير ، وفى أن المادة ٨٧٤/١ مدنى تتكلم عن طائفة معينة من العقارات هى الأراضى غير المزروعة ، أى الأراضى الصحراوية الخارجة عن الزمام وهى أراض لم تكن فى وقت ما مملوكة لأى فرد : منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ هامش ٣ .

ومهما يكن من أمر ، فإن تخلي مالك المنقول عنه وفقده بذلك ملكيته لا يفيد أن حق الملكية في المنقول حق غير دائم . فهو حق دائم إلى أن ينزل عنه صاحبه ، والنزول عن الحق لا يصح أن يعتبر توقيتا له[1] .

أما في فرنسا ، فيقوم خلاف فيما إذا كانت دعوى الاستحقاق في المنقول تسقط بالتقادم[2] ، ولا شأن لنا بهذا الخلاف في مصر .

٣٣١ — المعنى الثالث لدوام حق الملكية — الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل : وإذا كانت الملكية حقا دائما يبقى ما بقي الشيء المملوك على ما قدمنا ، فالنتيجة المنطقية لذلك هي أنه لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل ، فاسخ أو واقف ، وإلا كانت الملكية موقتة[3] . فإذا اشترى شخص مالا ، حدد في عقد الشراء أجلا فاسخا تنتهي ملكيته للشيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل ، فإن ذلك لا يجوز ، لأن ملكية المشترى تكون في هذه الحالة ملكية موقتة بالأجل الفاسخ . والذي يجوز هو أن يرتب المالك الأصلي على الشيء حق انتفاع لغيره مقترنا بأجل فاسخ ، فيبقى حق الانتفاع إلى أن ينقضي الأجل . فإذا ما انقضى زال حق الانتفاع وعادت الملكية كاملة للمالك الأصلي . ولا شيء يمنع من ذلك ، فإن حق الانتفاع حق موقت بطبيعته ، ويجوز أن يحدد له أجل فاسخ ، وهو على كل حال لابد منقض بموت صاحب حق الانتفاع . كذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف ، فلا يجوز أن يشترى شخص من آخر شيئا على ألا تنتقل ملكية الشيء إلى المشترى إلا بعد انقضاء أجل معين ، لأنه إذا اقترنت ملكية المشترى بأجل

---

(١) وقد قدمنا (انظر آنفا فقرة ٣٢٩ في الهامش) أن ترك المنقول ، إذا أبقى وجوده الفعلي ، فإنه يزيل وجوده القانوني . فالملكية تزول بزوال الوجود القانوني للشيء المملوك ، وتبقى ببقاء وجوده القانوني . وعلى هذا المعنى ينبغي فهم دوام حق الملكية . ويستوى في ذلك العقار والمنقول . انظر عكس ذلك ، وأن ملكية المنقول تكون ملكية موقتة بسبب جواز ترك المنقول : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ — ص ٥٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ ص ٢٠ — حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٩ — ص ١٧٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ — ص ١٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٥١ — مارتي ورينو فقرة ٤٩ ص ٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦١ .

واقف كانت ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية موقتة تنتهى بانقضاء الأجل الواقف . والذى يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشترى عند حلول أجل معين ، فيكون الالتزام بنقل الملكية ، لا حق الملكية ذاته ، هو المؤجل . ولا تكون ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية موقتة ، وإنما هى ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها إلى مشتر آخر لتنتقل إليه ؛ ويكون البائع عند ذلك قد أخل بالتزامه نحو المشترى الأول . ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية ، إلا إذا أمكن الطعن فى التصرف الثانى بالدعوى البولصية .

وهذا المعنى الثالث لدوام حق الملكية ، بخلاف المعنيين السابقين ، ليس محل اتفاق لا فى مصر[1] ولا فى فرنسا[2] . بل هناك من يقول بجواز أن تقترن الملكية بأجل فتكون ملكية موقتة (temporaire) .

ولكن الذى يدعونا إلى تأكيد هذا المعنى الثالث – عدم جواز اقتران الملكية بأجل – هو أن هذا المعنى ليس إلا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم ، ويتنافى مع دوام حق الملكية أن تكون مقترنة بأجل[3] . ثم إن اقتران الملكية بأجل يتنافر تنافراً تاماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التى تشتمل عليها . ويكفى أن نفترض ملكية مقترنة بأجل لمدة سنة مثلا ، فهذه الملكية الموقتة لمدة

---

(١) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل : شفيق شحاتة فقرة ١٣٢ ص ١٥١ هامش ١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣ ص ٢٥ – المؤلف فى الوسيط ٣ فقرة ٦١ ص ٩٦ – وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقترن بأجل : إسماعيل غانم فقرة ٢٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ – حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ – ص ١٦٨ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٦ ص ٧٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢ – ص ٢٥ .

(٢) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل : پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٧٢٦ – فقرة ٢٧٢٧ – مازو فقرة ١٣٤٨ – وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقترن بأجل : بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ .

(٣) والمقصود بالملكية المقترنة بأجل – وهى غير جائزة – أن تكون الملكية موقتة بمدة معينة إذا انقضت عادت الملكية من تلقاء نفسها – لا بسبب جديد – إلى المالك الأصلى . ولا يقال هنا إن الملكية قد انتقلت بعودتها إلى المالك الأصلى فتأبدت بانتقالها ، لأن المراد من تأبيد الملكية بانتقالها أن تكون الملكية قد انتقلت إلى الغير بسبب من الأسباب المعروفة لكسب الملكية ، وليس انقضاء الأجل من بينها (قارن حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ – ص ١٦٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٣) .

سنة تتنافر مع ما يشتمل عليه حق الملكية من عناصر . فمن أخص عناصر الملكية أنه يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه ، بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه ، ويتعين إذن أن نعطى هذه السلطات لمالك الشيء مدة سنة . فإذا تصرف هذا المالك فى الشيء أو استهلكه أو أتلفه فى خلال السنة التى يكون فيها مالكا . فكيف يمكن إذن تصور رجوع الملكية إلى صاحبها الأصلى بعد انقضاء السنة ! ليس أمامنا هنا إلا أحد طريقين : فإما أن نقول بعدم جواز التصرف أو الاستهلاك أو الإتلاف حتى يعود الشيء سليما إلى مالكه الأصلى بعد انقضاء السنة . وفى هذه الحالة لا تكون الملكية الموقتة فى حقيقتها إلا حق انتفاع لا يجوز لصاحبه أن يتصرف فى الرقبة أو أن يستهلك الشيء أو يتلفه . ويعود الشيء إلى صاحبه الأصلى بعد زوال حق الانتفاع أى بعد انقضاء السنة . وإما أن نقول بجواز التصرف والاستهلاك والإتلاف . وفى هذه الحالة لا تكون الملكية موقتة . بل هى ملكية دائمة تصرف فيها صاحبها أو استهلك الشيء المملوك أو أتلفه . ومن ثم لا يعود الشيء إلى صاحبه الأصلى بعد انقضاء السنة . ولو أننا حللنا هذه الحالة الأخيرة تحليلا دقيقاً ، لتبين أن المالك لمدة سنة هو فى الواقع من الأمر مالك ملكية دائمة . وقد وعد بإعادة الملكية إلى صاحبها الأصلى بعد انقضاء سنة . فإن قام بالوعد انتقلت الملكية إلى صاحبها الأصلى بعقد جديد . وإن أخل بالوعد لم يكن مسئولا إلا عن التعويض .

يتبين مما تقدم أن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل . والقائلون بجواز اقتران الملكية بأجل يقدمون سندا لقولهم الحجج الآتية(١) .

(١) لا خلاف فى أن الملكية قد تقترن بشرط فاسخ . فإذا تحقق الشرط بعد مدة معينة انفسخت الملكية وزالت بعد هذه المدة . فتكون قبل ذلك ملكية موقتة . ويظهر فى وضوح ضعف هذه الحجة . فالملكية المعلقة على شرط فاسخ ليست ملكية موقتة . ذلك أنه من الجائز ألا يتحقق الشرط الفاسخ — بخلاف الأجل الفاسخ فلابد من حلوله — فتكون الملكية فى هذه الحالة دائمة . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ . فإن الملكية تنفسخ بأثر رجعى . وتعتبر كأنها

---

(١) انظر فى بعض هذه الحجج بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ — وفى تفنيد بعضها : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٢٠ — فقرة ٢٧٢٧ — مازو فقرة ١٣٤٨ .

لم تقم أصلا ، فلا تكون ملكية موقتة ، والفرق واضح بين ملكية موقتة وملكية غير موجودة[1] .

(٢) ويقال أيضاً إن هناك نوعا من الملكية الموقتة : هي الملكية الأدبية الفنية والصناعية . فقد حدد لها القانون آجالا معينة ، لا تجاوز خمسين سنة بعد موت المالك . وظاهر أن هذه الحجة هي أيضاً لا تستقيم . فقد قدمنا أن الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكية ، وقلنا في هذا الصدد « من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية . فالملكية حق استئثار مؤبد ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال موقت »[2] . وانتهينا إلى « أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي »[3] .

(٣) ويقال كذلك إن هناك ملكية موقتة إذا حرر عقد بيع ابتدائي وحدد أجل معين لإمضاء عقد البيع النهائي وتسجيله ، فلكية البائع تدوم إلى انقضاء الأجل المعين وإمضاء العقد النهائي وتسجيله ، ومن ثم تكون ملكية موقتة . ويسهل الرد على هذه الحجة بأن عقد البيع الابتدائي غير المسجل لم يجرد البائع من ملكيته ، بل أبقاها ملكية دائمة مقترنة بالتزام بنقلها إلى المشترى عند حلول الأجل المعين . فالمؤجل ليس هو الملكية ذاتها بل هو الالتزام بنقلها . ويقطع في صحة ذلك ، وفي أن البائع ملكيته دائمة لا موقتة في خلال الأجل المعين ، أنه يستطيع أن يتصرف في الشيء المبيع في خلال الأجل ببيعه مرة أخرى إلى مشتر ثان ، وإذا سجل هذا المشترى الثاني قبل أن يسجل المشترى الأول ،

---

(١) ويلاحظ أن الملكية المعلقة على شرط فاسخ لا تعتبر ملكية موقتة ، لا لأن لتحقق الشرط أو لتخلفه أثرا رجعيا ، بل لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع . فحتى لو لم يكن للشرط أثر رجعي ، فإن المالك تحت شرط فاسخ لا يمكن اعتباره مالكا ملكية موقتة ، إذ يحتمل ألا يتحقق الشرط فتبقى ملكيته دائمة . والممنوع في نظرنا هو أن تكون الملكية موقتة على وجه التحقيق ، أما إذا كانت موقتة على وجه الاحتمال فالمحظور في توقيت الملكية لا يقوم ، إذ يجب على المالك في هذه الحالة الأخيرة أن يحافظ على العين حتى يستطيع ردها إلى من يملكها فيما إذا انتهت ملكيته هو (قارن شفيق شحاتة ص ١٥٢ — ص ١٥٣ في الهامش) .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٦ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٦ في آخرها .

انتقلت الملكية إلى المشترى الثانى دون المشترى الأول » . أما إذا لم يتصرف البائع مرة أخرى وأمضى عقد البيع النهائى وسجل هذا العقد ، سواء كان ذلك عند حلول الأجل المعين أو قبله أو بعده ، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى . فليست العبرة إذن بحلول الأجل ، بل بإمضاء العقد النهائى وتسجيل هذا العقد . ولو كانت ملكية البائع موقتة بالأجل تبقى ببقائه وتزول بزواله ، لكان مجرد حلول الأجل سببا فى نقل الملكية إلى المشترى ، دون حاجة إلى إمضاء العقد النهائى وتسجيله[1] .

(٤) ويقال أخيراً إن هناك ملكية موقتة فى الصورة الآتية : يأذن المؤجر للمستأجر فى إقامة مبان فى العين المؤجرة ، على أن تكون هذه المبانى عند نهاية الإيجار ملكا للمؤجر ، فى مقابل تعويض أو بلا تعويض ، فتكون ملكية المستأجر للمبانى ملكية موقتة تبقى مدة الإيجار ، فإذا انقضت هذه المدة آلت ملكية المبانى إلى المؤجر . وهذا تحليل غير سليم للوضع المفترض . والصحيح أنه مادام من المؤكد أن ملكية المبانى تكون للمؤجر ، سواء كان ذلك فى مقابل تعويض أو بلا تعويض ، فإن المؤجر يعتبر منذ إقامة المبانى مالكا لها فى الحال ، وتبقى ملكيته دائمة فى خلال مدة الإيجار وبعد انقضاء هذه المدة . أما المستأجر فليست له على المبانى لا ملكية دائمة ولا ملكية موقتة ، بل هو غير مالك أصلا ، وإنما يكون له حق الانتفاع بالمبانى كما ينتفع بالعين المؤجرة ، وذلك بموجب عقد الإيجار ، وما ورد فيه من الشروط فى خصوص المبانى . وعلى المؤجر ، وقد ملك المبانى فور إقامتها ، أن يدفع تعويضا للمستأجر عند نهاية الإيجار إذا اشترط المستأجر عليه ذلك ، وإلا فلا تعويض . وقد سبق أن قررنا ذلك فى الجزء السادس من الوسيط فى خصوص عقد الإيجار ، فقلنا فى هذا المعنى ما يأتى : « ففى الحالة الأولى – البناء أو الغراس يبقى حتما فى الأرض ملكا للمؤجر – يكون هذا البناء أو الغراس ملكا للمؤجر من وقت إنشائه ، ولا يكون للمستأجر بالنسبة إليه إلا حق شخصى يخوله الانتفاع به انتفاعه بالعين المؤجرة نفسها . ويكون البناء أو الغراس عقارا واحدا مملوكا لشخص واحد هو المؤجر ، فله أن يرهنه رهنا رسميا ، وإذا باعه وجب

---

(١) انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٣٩٤ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ٢٢٩ ص ١٧٥ .

التسجيل . وإذا توقع عليه حجز كان حجزاً عقاريا لا حجز منقول . والمؤجر هو الذى يدفع الضريبة المفروضة عليه »[1] . ويترتب على ما قدمناه أن المستأجر لا ينتفع بالمبانى التى أقامها فى العين المؤجرة إلا انتفاعه بالعين المؤجرة ذاتها ، ولا يكون له عليها حق ملكية كما قدمنا . فإذا لم يحافظ المستأجر على المبانى ويبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، كان مسئولا عن تقصيره أو عمله غير المشروع تجاه المؤجر ومن عسى أن تنتقل إليه الملكية من المؤجر من خلف خاص كمشتر أو خلف عام كوارث . وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصا فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى . وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان[2] .

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٧ - ص ٦٢٨ - وانظر استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣ .

وقد فرضت فى الحالة التى نحن بصددها أن البناء يكون مصيره حتما البقاء فى الأرض ملكا للمؤجر . أما ما يفرضه أنصار جواز اقتران الملكية بالأجل (انظر إسماعيل غانم فقرة ٢٨ ص ٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - حسن كيرة فقرة ٢ د ص ١٦٦ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦ د ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥) فحالة أخرى ، ليست الملكية فيها مقترنة بأجل ، بل هى معلقة على شرط . فهم يفرضون أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه إذا ظل البناء قائما عند انتهاء الإيجار لم يهدمه المستأجر ، فإن ملكيته تؤول للمؤجر فى مقابل تعويض . ومعنى ذلك أن الخيار يكون للمستأجر ، إن شاء هدم البناء قبل انتهاء الإيجار ، وإن شاء أبقاه إلى نهاية الإيجار فتؤول ملكيته عندئذ للمؤجر فى مقابل تعويض . فيكون المؤجر فى هذه الحالة ، طول مدة الإيجار ، مالكا تحت شرط واقف ، هو ألا يهدم المستأجر البناء قبل نهاية الإيجار . فإذا تحقق الشرط ولم يهدم المستأجر البناء ، اعتبر المؤجر مالكا له بأثر رجعى من وقت إقامته فى العين المؤجرة ويدفع التعويض المتفق عليه . فلا توجد إذن ملكية موقتة فى هذه الحالة ، بل هى ملكية معلقة على شرط واقف بالنسبة إلى المؤجر ، ومعلقة على شرط فاسخ بالنسبة إلى المستأجر . والملكية المعلقة على شرط تجوز كما قدمنا ، وذلك بخلاف الملكية المقترنة بأجل فهى لا تجوز . انظر الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

ولما كان البناء يعد عقارا مدة استقراره فى الأرض بملكه المستأجر ملكية معلقة على شرط فاسخ . فقد قضت المادة ١٠٣٨ مدنى بأنه يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير - وهو المستأجر =

الفرع الثانى

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية(*)

٣٣٢ — ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى شأن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية : نذكر هنا أهم ما ورد فى الأعمال التحضيرية دالا على أن التقنين

— فى حالتنا — أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى . فالمستأجر هدم البناء إنما يرهن ملكية معلقة على شرط فاسخ ، لا ملكية مقترنة بأجل . وإذا اختار المستأجر هدم البناء صار للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض ، أما إذا اختار بقاء البناء فإن ملكيته تؤول إلى المؤجر فى مقابل تعويض ، ويحل هذا التعويض محل البناء حلولا عينيا ومن ثم يستوفى الدائن المرتهن حقه منه متقدما على غيره من الدائنين . قارن فى الرأى المخالف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ — ص ٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٦ ص ٧٦ هامش ١ و ٢ . وانظر أيضاً حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٨ (وهو يسلم بأن ملكية المستأجر فى الحالة التى نحن بصددها ملكية مقترنة بأجل ، ولكنه يذهب إلى أن هذا التوقيت «لا ينتقص فى قليل أو كثير من صفة الدوام الملازمة لحق الملكية» ، ويجرى على القاعدة التى يقول بها من أن الملكية المقترنة بأجل هى ملكية دائمة) . وقارن شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات الطبعة الثانية فقرة ٤٨ (وهو ، فى صدد الكلام فى رهن المبانى المقامة على أرض الغير وحكم المادة ١٠٣٨ مدنى ، يبدو أنه يعتبر أن ملكية المستأجر للمبانى هى ملكية موقتة ، ولكنه لا يبين ما إذا كانت هذه الملكية مقترنة بأجل أو معلقة على شرط) .

(*) مراجع : Landry فى الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ — Duguit فى الحق الاجتماعى والحق الفردى طبعة ثانية سنة ١٩١١ ص ١٧ وما بعدها — فى التغيرات العامة للقانون الخاص منذ تقنين نابليون سنة ١٩١٢ — Tancred Rothe فى وجود الملكية سنة ١٩٢٠ — Renard et Trotabas فى الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة سنة ١٩٣٠ — Cornil فى المسألة القانونية للملكية الخاصة سنة ١٩٣١ — Coste-Floret فى الطبيعة القانونية لحق الملكية وفقا للتقنين المدنى ومنذ التقنين المدنى رسالة من مونپلييه سنة ١٩٣٥ — Mounier من الملكية الرأسمالية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٣٦ — Vizioz فى الأشخاص والملكية سنة ١٩٣٩ — Josserand فى تشكل (configuration) حق الملكية فى النظام القانونى الجديد (ضمن دراسات Sugyama سنة ١٩٤٠ ص ٩٥ وما بعدها) — Gonnard فى الملكية فى الفقه وفى التاريخ سنة ١٩٤٣ — Roubier فى تطور حق الملكية (ضمن دراسات هنرى كاپيتان سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) — Salleron ست دراسات فى الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ — Savatier من القانون المدنى إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٤٠ وما بعدها — Jausse فى الملكية ونظام الأموال فى الحضارات الغربية سنة ١٩٥٣ — Challeye فى تاريخ الملكية سنة ١٩٥٨ — Perretjans فى فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

المدنى الحالى ، فى إيراده الأحكام الخاصة بحق الملكية . أقام هذا الحق على أساس أن له وظيفة اجتماعية يجب على المالك أن يؤديها .

ففى المادة ٨٠٢ مدنى التى سبق إيرادها[1] ، كان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء ، مادام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به . وأن يتصرف فيه . دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة ما يأتى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . وتوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) م ١١ فقرة ٢٧/١ : بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإيطالى (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الإيطالى الجديد...) »[2] .

وجاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى النظرة العامة لحق الملكية ، ما يأتى :

« لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) . بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطالب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل ، أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

« ١ — حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فما ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة ، ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية . مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذى يصلح للاستعمال علواً أو عمقا . غير أنه ليس

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩٧

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤ .

للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها لا تسبب للمالك ضررا ، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . مثل ذلك أيضاً أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة فى مقابل تعويض يدفع إليه مقدما . ومثل ذلك أخيراً أنه يجب على المالك أن يراعى ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة » .

« ب – حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك . فإن هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلا . وهنا نجد القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة . وهذه هى النزعة الحديثة التى جاراها المشروع . ويظهر أثرها فى أمرين :

« ١ – يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضررا غير مشروع ، والذى يطلب هنا هو عمل سلبى . وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة . وتطبيق ذلك أيضاً ما أوجبه القانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره » .

« ٢ – يجوز للغير أن يتدخل فى انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة ، هى أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا ننتقل من الدائرة السلبية ، وهى مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، إلى الدائرة الإيجابية ، وهى قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو إجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقاً لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه ، .... وفى الملكية الشائعة يحمى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد تعنت الأقلية ، ويذهب فى ذلك إلى حد بعيد حتى ليجيز للأغلبية أن تتصرف فى المال المشاع جميعه رغم معارضة الأقلية ، إذا استندت فى ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة

بمصالح الشركاء . وكذلك الحال إذا انهدم السفل ، فإن لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة بنائه ، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه . وفى هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة ، وهذا هو أبلغ مظاهر التدخل فى حق الملكية »[١] .

وجاء فى محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ فى خصوص المادة ٨٠٢ مدنى ، ما يأتى : « فتليت المادة ... وقام عليها اعتراض من ... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية . وقال .. إن فى هذا التعبير تصويراً لمذهب فلسفى . فرد ... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لاحد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : (١) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هى التى تقدم . (٢) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلا »[٢]. وقد قررت اللجنة على أثر ذلك الموافقة على المادة ، على أن تعود إليها للنظر فى هذا التعبير الجديد .

ثم جاء فى محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة (لجنة مجلس الشيوخ) ما يأتى : « تليت المادة ... ورأت اللجنة حذف عبارة « على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية . وإن فى التطبيقات التى أوردها المشرع ما يغنى عنها »[٣].

ويتبين مما نقلناه عن مجموعة الأعمال التحضيرية أن التقنين المدنى الحالى قد جعل للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بها . وقد ظهر ذلك ظهورا واضحا فى كثير من الأحكام والتطبيقات التى أوردها بل هو قد صرح بالوظيفة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ – ص ١٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

الاجتماعية التى لحق الملكية فى المشروع التمهيدى ، وإذا كانت هذه العبارة الصريحة قد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ، فلم يكن ذلك عدولا عما قرره المشروع التمهيدى فى هذا الشأن . بل لأن اللجنة قد رأت هذا التعبير « أشكل بالإيضاحات الفقهية » . ونوهت بأن « فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » .

على أنه إذا كان قد ورد فى المناقشات والعبارات التى أوردناها فى هذا الصدد أن « الملكية وظيفة اجتماعية » ، فليس المقصود من ذلك تقرير أن الملكية ليست إلا وظيفة اجتماعية . فهى وظيفة اجتماعية **(fonction sociale)** ، وحق ذاتى أو فردى **(droit subjectif, individuel)** ، فى وقت معاً . وإنما أريد إبراز الوظيفة الاجتماعية التى لحق الملكية ، لأنها هى الشيء الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى مخالفا فى ذلك التقنين المدنى السابق[1] .

فالملكية إذن حق ذاتى ، ولها وظيفة اجتماعية[2] . وهذا ما نتولى بيانه فى

---

(١) وينبه كثير من الفقهاء إلى أن الملكية ليست وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية . فيقول كولان وكابيتان ودى لامورانديير فى هذا المعنى : « ليست الملكية وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية تقوم بها » (جزء أول فقرة ٩٦١ ص ٧٧٣) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١ – **Nerson** فى أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ **propriété** فقرة ٣ ص ٢٨١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٠٥ – ريبير فى اضمحلال القانون سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٢ . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « إلا أنه يجب ألا نذهب إلى حد القول إن الملكية أصبحت الآن وظيفة اجتماعية ، كما يقول البعض . فإذا جاز هذا التعبير فى لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه فى لغة القانون ، إذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة إنكارا لفكرة الحق ذاتها . إن مركز المالك يختلف اختلافا جوهريا عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر . أما الموظف ، فيباشر السلطات التى تدخل فى اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر . ولهذا فالتعبير الصحيح أن يقال إن للملكية وظيفة اجتماعية » (منصور مصطفى منصور فقرة ٦ ص ١٤ – ص ١٥) .

(٢) ولذلك كان المشروع التمهيدى لا يذكر أن الملكية وظيفة اجتماعية ، بل يشير إلى « ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » (انظر آنفا ص ٥٤٦) . فالملكية إذن لها جانبان ، جانب فردى وجانب اجتماعى ، ولا يكتمل لنا فهم الملكية فهما صحيحا إلا إذا اعتبرنا كلا من الجانبين (انظر فى هذا المعنى **Rouast** فى تطور حق الملكية ، ضمن دراسات جامعة هنرى كابيتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) .

مبحث أول . وفى المبحث الثانى نميز بين مناطق مختلفة فى حق الملكية فليست مناطق الملكية سواء فيما يقوم به هذا الحق من وظيفة اجتماعية .

المبحث الأول

الملكية حق ذاتى ولها وظيفة اجتماعية

§ ١ – الملكية حق ذاتى

٣٣٣ – الملكية حق ذاتى فى عناصره وخصائصه : الملكية حق ذاتى كسائر الحقوق ، بل هى أكثر الحقوق عناصر . وأشملها خصائص .

فالملكية حق ذاتى فى عناصره . وقد قدمنا أن المالك له سلطة ذاتية على الشىء الذى يملكه . وسلطته على الشىء هى أوسع السلطات . فله أن يستعمل الشىء فى شؤونه الخاصة ، ويستعمله على الوجه الذى يقدر أنه نافع له . وله أن يستغل الشىء إرضاء لمصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الذاتية . وله أن يتصرف فى الشىء بجميع أنواع التصرفات . فله أن ينقل ملكيته إلى غيره بمقابل أوبغير مقابل ، وله أن يرتب حقوقا متنوعة على الشىء ، من حق انتفاع إلى حق ارتفاق إلى حق رهن إلى غير ذلك من الحقوق . وله أن يغير من معالم الشىء ، وأن يزيد عليه ، وأن ينتقص منه . بل له أن يستهلكه وأن يتلفه وأن يعدمه . كل ذلك سعيا وراء مصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الخاصة . فالملكية إذن ، كسائر الحقوق ، حق ذاتى من حيث عناصره ، بل هو أكثر الحقوق الذاتية عناصر كما سبق القول .

والملكية حق ذاتى فى خصائصه . وقد قدمنا أن الملكية حق جامع ، فيجمع المالك فى يده جميع السلطات على الشىء على النحو الذى رأيناه . ومن المالك تستمد كل سلطة على الشىء . وما لم يثبت أجنبى أنه استمد سلطة معينة بموجب إرادة المالك أو بموجب حكم القانون . فهذه السلطة للمالك لا لأحد غيره . وقدمنا أن الملكية حق مانع . فيستأثر المالك بالشىء وحده . وليس لأحد أن يشاركه فيه . وهذه الذاتية فى حق الملكية تعتبر من مقوماته ، وخصائصه البارزة . فإذا كان الشىء المملوك أرضا فضاء ، كان للمالك أن

يسورها وأن تمنع دخول الغير فيها ، حتى لو لم يتمه من دخول الغير ضرر . ولا يجوز لأحد أن يشارك المالك بغير إذنه فى استعمال الشيء ، أو فى استغلاله ، أو فى التصرف فيه[1] . والملكية أخيراً حق دائم . وتتميز الملكية بالدوام عن أى حق ذاتى آخر . فكل حق – عينيا كان أو شخصيا – هو حق موقت أو يمكن أن يكون موقتا . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه يدوم مادام الشيء المملوك . وهذا وحده كاف لطبع الملكية بطابع ذاتى ، إذ يستطيع المالك ، ومن بعده خلفاؤه ، أن يستأثروا بالشيء المملوك . ويبقون مستأثرين به ، إلى أن يهلك الشيء أو يتلف . ومن ثم كانت دعوى الاستحقاق غير قابلة للسقوط بالتقادم ، وكذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل . وقد سبق بيان ذلك .

٣٣٤ — الملكية حق ذاتى فى نطاقه : ونطاق الملكية يتسع ، حتى ليشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وإذا كانت الملكية كما قدمنا أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فهى أيضاً أوسعها نطاقا . ولا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل هى أيضاً تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتجه هذا الشيء من ثمار ومنتجات كما سنرى . بل إن مالك الأرض يملك بالالتصاق كل ما اتصل بها من مبان وغراس . ويستأثر إلى أوسع مدى بحقه الذاتى فى ملكه .

وهكذا يمتد حق المالك ، فيتناول الأرض فى سطحها طولا وعرضا ، وفى حيزها علوا وعمقا ، ويشمل كل ما يتصل بالأرض من ملحقات ، وما تخرجه من ثمار ومنتجات . وهذا أقصى ما يصل إليه الحق فى اتساع نطاقه .

٣٣٥ — الملكية حق ذاتى فى حمايته : ويحمى القانون المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه . ويضع فى يده سلاحا قويا فى دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائز لها ، غاصبا كان أو غير غاصب .

ولا يجوز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط ، أهمها أن يقوم مبرر قانونى لذلك ، وأن يعوض المالك مقدما عن ملكه . وسنبسط كل ذلك تفصيلا فيما سيأتى .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩١ ص ٢٥٦ .

٣٣٦ — الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق : وإذا كان المالك يستأثر بما يملكه ، ويحوزه لمصلحته الخاصة وللوفاء بحاجاته الشخصية ، فما ذلك إلا لأنه فى الأصل قد بذل جهودا فى العمل ، وكانت الملكية هى ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا العمل . ومتى ثبتت الملكية لصاحبها ، وجب أن تثبت له بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف ، وبجميع خصائصها فتكون جامعة مانعة دائمة .

فللمالك إذن أن يتصرف فى الشىء حال حياته ، وينتقل الشىء إلى ورثته بعد وفاته . وإذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهداً فى تملكه للشىء الموروث ، فإن الميراث ينظر إليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . ذلك أن المورث إذا كان لم يتصرف فى الشىء وهو حى وهذا حقه ، فإنه أراد بذلك أن ينتقل الشىء إلى وارثه بعد وفاته وهذا حقه أيضاً ، بل هذا هو جزاؤه على عمله . ولا ضير من أن ينتقل الشىء إلى وارث قد لا يستحقه ، فإن هذا الوارث إذا كان حسن التدبير فما ورثه يكون عونا له فلا يكون عالة على المجتمع ، وإذا كان سيئ التدبير فإنه لا يلبث أن يضيع ما ورثه . وفى بعض الحالات تكون الورثة ، وبخاصة الزوجة والأولاد ، قد ساهموا فى الجهود التى بذلها المورث فى الحصول على ماكه .

فالملكية الذاتية إذن هى ثمرة العمل ، وهى جزاؤه الحق[1] .

٣٣٧ — الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وخير ضمان للاستقلال الشخصى : ولا يجوز الاقتصار فى النظر إلى الملكية الذاتية على أنها جزاء ، فهى ، قبل أن تكون جزاء على العمل ، أقوى حافز عليه . ذلك أن الإنسان بطبعه قد ركب فيه من حب الذات ما يجعله أقوى ما يكون نشاطا وإقبالا على العمل عندما يعلم أن لعمله جزاء يستأثر به لنفسه ، ولا يشاركه فيه غيره . وليس الأمر هنا أمر سلوك يمدح أو يذم ، بل هو أمر الواقع المشاهد ، وليس لنا بد من استخلاص نتائجه . فالنشاط الفردى ، وهو من الأسس القوية التى

---

(١) انظر مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ .

يقوم عليها المجتمع ، لا بد له من حافز ، وأقوى حافز له هى المصلحة المادية ، وأبرز صور المصلحة المادية هى الملكية الذاتية .

ثم إن الملكية الذاتية لا تقتصر على أن تكون أقوى حافز على العمل ، بل هى أيضاً خير ضمان للاستقلال الشخصى . فمن لا يملك شيئا يفقد استقلاله ، ويكون عبداً لمن ملك . ومهمة الدولة ليست فى أن تلغى الملكية الذاتية وتكون هى المالكة لكل شىء فيصبح الناس جميعا عبيداً لها . بل مهمتها على العكس من ذلك هى أن تجعل الملكية الذاتية فى متناول كل من يعمل . فتكون الملكية الذاتية أفضل جزاء على العمل ، وأقوى حافز عليه ، وخير ضمان للاستقلال والحرية[1] .

§ ٢ - للملكية وظيفة اجتماعية

٣٣٨ — الأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية : وإذا كان حق الملكية حقا ذاتيا على النحو الذى بسطناه ، فإن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها . وقد وقف التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية ، وأغفل كثيراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التى لهذا الحق . ولكن المذاهب الاشتراكية التى بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر ،

---

(١) وتقول الأساتذة مازو ، فى هذا المعنى : « الملكية الذاتية هى التى يقوم عليها استقلال الإنسان وحريته . فمن لا يملك شيئا لنفسه يكون تابعا تبعية تامة للآخرين ، ويصبح من « البروليتاريا » ، مستعبدا للدولة إذا كانت الدولة هى التى تملك كل شىء ، أو مستعبداً لمن يملكون إذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون على الثروة . فمن الضرورى إذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده ، وشيوعية المال ، إذ تحرم الإنسان من ذلك ، تحوله إلى عبد رقيق للدولة . ومن هنا ندرك أن ديباجة الدستور الصادر فى ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ (الدستور الفرنسى) تحيل على « إعلان حقوق الإنسان » الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، وهذا الإعلان يقرر حرمة الملكية الذاتية . وندرك كذلك أن « الإعلان العالمى لحقوق الإنسان » الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ يقول فى المادة ١٧ منه : « كل شخص ، سواء كان وحده أو بين الجماعة ، له الحق فى أن يتملك ، ولا يجوز حرمان أحد من ملكه تحكما واعتسافا » ... والملكية الذاتية هى الكفيل ، فى ميدان النشاط الاقتصادى ، بأجود ما يكون من الإنتاج . ولا يهب الإنسان نشاطه كاملا للعمل إلا ليكفل لنفسه ، وليكفل بالأخص لأولاده من بعده ، قدراً من الثروة يكون من شأنه الارتفاع بمستوى معيشته . ولن تجد ، فى أى نظام من نظم التسخير فى العمل ، بديلاً من هذا الحافز للنشاط الإنسانى » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤) .

وأخذت تنفذ إلى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية . ووصلت إلى الأوج من انتشارها فى القرن العشرين . ما لبثت أن أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية . وكان ذلك بطبيعة الحال على حساب جانب الذاتية فى هذا الحق .

ولا شك فى أن الملكية حق ذاتى وحق اجتماعى فى وقت واحد . أما أنها حق ذاتى ، فقد تقدم القول فى ذلك . وأما أنها حق اجتماعى فينهض أساسا لذلك أمران : (١) مبدأ التضامن الاجتماعى ، فإن هذا المبدأ يقضى بوجوب التعاون فى المجتمع . والملكية من أهم الدعائم التى يقوم عليها هذا التعاون . فالمالك يجب أن يعتبر نفسه ، كما هو الواقع ، عضواً فى المجتمع الذى يعيش فيه ، يأخذ منه ويعطيه . (٢) على أن المالك ، إذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول ، مدين أيضاً للمجتمع بما كسب . فليس عمله وحده هو الذى أكسبه الملك ، بل إن المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة فى جهود المالك حتى يحصل هذا على ما أصبح مالكا له . ومساهمة المجتمع فى جهود المالك هى على نفس مستوى مساهمة الأسرة أو لعلها تزيد ، فإذا كانت مساهمة الأسرة هى أحد مبررات الميراث ، فلا شك فى أن مساهمة المجتمع تبرر هى الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية[١] .

---

(١) وقد كان الأستاذ Duguit هو الذى صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية فى وضعها الحديث (كاربونييه ص ٨٧) . فى كتابه فى الاتجاهات العامة فى القانون الخاص منذ تقنين نابليون، قرر أن الملكية ليست حقا بل هى وظيفة اجتماعية ، وعلى المالك أن يقوم بالوظيفة الاجتماعية التى لحق الملكية ، وإلا فإن القانون لا يحميه . وتشتمل وظيفة الملكية على عنصرين : العنصر الأول هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة ، فى استعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة ، فيوسع من مجالات نشاطه المادى والمعنوى . والعنصر الثانى هو ما على المالك من واجب وماله من سلطة فى استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع ، فيساهم فى تقدم الجماعة . انظر أيضاً فى هذا الصدد محمد على عرفة فقرة ١٥٠ ص ١٨٧ – ص ١٨٨ .

وتقول الأساتذة مازو فى هذا المعنى : « إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتيا ، فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعيا . ومعنى ذلك أن على المالك أن يقيم فى اعتباره وزنا لمصالح الغير ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل إذا كان قد نسى . وهذا هو الذى يبرر القيود التى تحد من إطلاق حق الملكية ، ويبرر فرض الضرائب على الإيراد وعلى رأس المال . والضرائب هى نصيب الجماعة يعود إليها ، وهى المساهمة الإجبارية فى الأعمال التى تدخل فى دائرة المصلحة العامة » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٥) .

ومقتضى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية هو أن يقيد حق الملكية ، لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً للمصلحة الخاصة .

٣٣٩ — تقييد حق الملكية للمصلحة العامة : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا(١) : « حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فما ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة . ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية » . وقد رأينا(٢) أن نطاق الملكية يتسع حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وليس معنى ذلك أن مالك الأرض يسوغ له أن يمنع أى عمل يقام به للمصلحة العامة فوق سطح الأرض أو تحتها ، كمرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التلفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ومواسير المياه والغاز (انظر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩) . وبوجه عام ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدنى على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا » . أما المناجم التى توجد تحت الأرض فهى مملوكة للدولة لا لصاحب الأرض ، وقد نظم أحكامها قانون خاص سيأتى بيانه .

وقد تصل المصلحة العامة فى التعارض مع حق المالك إلى حد أن تلغى هذا الحق . وقد أجاز القانون فعلا نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وقيود سيأتى بيانها .

كذلك قد تقتضى المصلحة العامة تأميم الملك ونقله إلى الدولة ، كما وقع ذلك فى شأن البنوك وشركات التأمين والشركات الصناعية ، فلا يجوز أن يقف حق الملكية حائلا دون ذلك .

ثم إن هناك كثيراً من القيود ترد على حق الملكية ، قررتها القوانين واللوائح لمصلحة عامة اقتضتها . وقد فرضت المادة ٨٠٦ مدنى « على المالك أن يراعى فى استعماله حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٣٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٣٤ .

العامة ... » . ومن أهم هذه القيود حقوق الارتفاق الإدارية ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع وهى الارتفاقات التى يتحمل بها الملاك الذين توجد أملاكهم على جانبى الطريق العام كتقرير خط التنظيم وعدم البناء من غير رخصة و هدم الأبنية المختلة أو الآيلة للسقوط ، والحقوق المتعلقة بمجارى المياه كحق الحكومة فى قلع الأشجار المغروسة فى الجسور وميول الترع العامة إذا كانت هذه الأشجار تعوق سير المياه فى الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها . ومن هذه القيود أيضاً ما تقرر لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، كالقيود التى تجب مراعاتها فى إنشاء العزب والزرائب ، أو المحال العامة ، أو المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك . ومن هذه القيود ما تقرر لمصلحة الزراعة ، كالقيود الخاصة بوقاية القطن والمحاصيل الأخرى ، ومنع زراعة القطن فى أكثر من مساحة معينة . ومنها ما تقرر للمصلحة الحربية ، كإنشاء مناطق خطر حول القلاع . ومنها ما وضع لحفظ الثروة القومية وإنمائها ، كالقيود الخاصة بالمناجم وحماية الآثار التاريخية . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية[1] .

٣٤٠ — تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، كما رأينا[2] ، فى هذا الصدد : « حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلا . وهنا نجد القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة » . وهذا المظهر من تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة هو أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعى ، ولكون الملكية لها وظيفة اجتماعية يجب عليها أن تؤديها .

فالمبدأ الأساسى إذن هو أنه حيث تتعارض مصلحة المالك مع مصلحة خاصة لأجنبى ، فليس من الضرورى أن تقدم مصلحة المالك ، وقد كان من الضرورى تقديمها لو أن الملكية حق ذاتى فحسب . ولكن الملكية لها وظيفة

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٩٦ — فقرة ٤٠٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٢ .

اجتماعية . وهذه الوظيفة تقضى بأنه تجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبي . فإن كانت مصلحة الأجنبي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وجب تقديم مصلحة الأجنبي مع تعويض المالك التعويض العادل . وبذلك تكون الملكية قد أدت وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يقضى به التضامن الاجتماعى .

وإذا رجحت مصلحة الأجنبي على مصلحة المالك ، فأقل ما يطلب من المالك أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بالجار . وقد يجاوز الأمر الأعمال السلبية من المالك ، إلى أعمال إيجابية من الجار . بل قد يصل الأمر إلى حد أن يقتضى من المالك نفسه أن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير ، وهذه هى أبلغ مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وبها يكون التضامن الاجتماعى قد بلغ الذروة فى التقييد من سلطان المالك .

٣٤١ — أعمال سلبية من المالك : الأمثلة كثيرة على الأعمال السلبية التى تقتضى من المالك حتى يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وسنعرض لها تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية . ونجتزئ هنا بإيراد بعض الأمثلة :

١ — يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا . وإذا جاز للمالك أن يطالب من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة ، فليس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار . وفى هذا المعنى تقول المادة ٨٠٧ مدنى : « ١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

٢ — لمالك الحائط أن يتصرف فى حائطه كما يشاء ، فله أن يرممه إذا احتاج إلى الترميم ، وله أن يعدل فى طريقه بنائه ، وله أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ثم لا يعيد بناءه . ولا يجبر على النزول

عن جزء من حائطه لجاره الملاصق ، إلا فى حالة خاصة نصت عليها المادة ٨١٦ مدنى . ومع ذلك إذا كان الجار يستتر بالحائط ، امتنع على صاحب الحائط هدمه مختارا دون عذر قوى إن كان الهدم يضر بالجار . وتنص المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ – ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه . ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ . ٢ – ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

٣ – فى ملكية الطبقات حيث يوجد علو وسفل ، يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ، فيعدل من بنائه ، ويزيد فيه أو ينتقص منه ، ويعليه إذا كان يحتمل الإعلاء . ومع ذلك يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن إعلاء علوه ، إذا كان هذا الإعلاء يحمل السفل ثقلا جسيما بحيث يضر به . وتنص المادة ٨٦١ مدنى على هذا الحكم فتقول : « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

٣٤٢ – أعمال إيجابية من الغير : وقد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل الغير تدخلا إيجابيا فى انتفاع المالك بملكه ، ليتوقى ضررا أشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل ، على أن يعوض المالك التعويض العادل . وقد طبق هذا المبدأ تطبيقات بعيدة المدى ، نذكر منها ما يأتى :

١ – لمالك المسقاة أو المصرف أن ينتفع بمسقاته أو مصرفه ، وأن يستقل بهذا الانتفاع فلا يشاركه فيه أحد . ومع ذلك يجوز للجار أن يأخذ ماء من المسقاة (حق الشرب) لرى أرضه ، أو يصرف ماءه فى المصرف (حق الصرف) ، بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته من مسقاته أو مصرفه . وتنص المادة ٨٠٨ مدنى على هذا الحكم على الوجه الآتى : « ١ – من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا ، طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . ٢ – ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف

قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها ».

٢ – مالك الأرض حر فى التصرف فى ملكه كما يشاء . وله أن يمنع غيره من الانتفاع بالأرض . ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، أو أن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من أرض الجار لتصب فى أقرب مصرف عام (حق المسيل) ، بشرط تعويض المالك تعويضاً عادلا . وتنص المادة ٧٠٩ مدنى على هذا الحكم فيما يأتى : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلا » .

٣ – لمالك الأرض أن يمنع جاره من المرور بأرضه . ومع ذلك إذا كانت أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، فإن للجار حق المرور فى أرض جاره بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، وذلك فى نظير تعويض عادل . وهذا ما يسمى بحق المرور . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى على الوجه الآتى : « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف ، إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

٣٤٣ – أعمال إيجابية من المالك : وهنا تصل الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية إلى أبعد غاياتها ، فيجبر المالك على أن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير . ونذكر على سبيل المثال ما يأتى :

١ – فى ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفل على أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . وتنص المادة ٨٥٩ مدنى فى هذا الصدد

على ما يأتى : « ١ – على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢ – فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات . جاز القاضى أن يأمر ببيع السفل . ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة » . بل يصل الأمر ، فى اقتضاء أعمال إيجابية من المالك للوفاء بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، إلى حد أنه إذا انهدمت الطبقتان – العلو والسفل معاً – أجبر صاحب السفل على إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من بناء علوه هو أيضاً . وقد أوردت المادة ٨٦٠ مدنى هذا الحكم على الوجه الآتى : « ١ – إذا انهدم البناء ، وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ – وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » .

٢ – فى الملكية على الشيوع ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية فى شأن إدارة المال الشائع . وتقول المادة ٨٢٨ مدنى فى هذا المعنى : « ١ – ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ – وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا . ٣ – وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم » .

وليس الأمر مقصوراً على أعمال الإدارة المعتادة ، بل يجاوز ذلك إلى ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة . تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من تغييرات أساسية وتعديل فى الغرض الذى أعد له المال الشائع . وتورد المادة ٨٢٩ مدنى هذه الأحكام فيما يأتى :

« ١ – للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قرارتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٢ – وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » .

بل إن الأمر يجاوز حدود الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، ويصل إلى حد التصرف فى المال الشائع . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من التصرف فى المال الشائع ، إذا استندت هذه الأغلبية فى قرارها إلى أسباب قوية . وتنص المادة ٨٣٢ مدنى على هذا الحكم على الوجه الآتى : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه ، إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » .

٣ – وقد جعلت التشريعات الاستثنائية الخاصة بالإيجار ، نظراً لأزمة المساكن ، للمستأجر حقوقا واسعة إزاء المالك ، بحيث يكاد المستأجر يصبح شريكا للمالك فى ملكه . وأجبرت المالك على قبول أنواع شتى من تدخل المستأجر ، وبخاصة فى تعيين حد أقصى للأجرة ، وفى ترك المستأجر يبقى بالعين المؤجرة ، حتى بعد انقضاء مدة الإيجار ، المدة التى يراها . ويستوى فى ذلك إيجار الأماكن وإيجار الأراضى الزراعية . وقد دعا ذلك الفقهاء فى فرنسا ، ويشتمل القانون الفرنسى على تشريعات مماثلة ، أن يروا أن المالك قد أصبح اليوم إزاء المستأجر غير خالص الملكية ، بل هو لا يملك على داره أو أرضه إلا ما كان يسمى فى العصور الوسطى بالملكية المشرفة (domaine

(éminent يتقاضى بموجبها أجراً زهيداً ، أما الملكية الحقيقية أو الملكية النافعة (domaines utile) فهي للمستأجر[1] .

المبحث الثانى

التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

٣٤٤ – المناطق المختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية : هنا نخرج قليلا عن دائرة القانون إلى دائرة الاجتماع والاقتصاد ، ولذلك نوجز القول .

ونبدأ بملاحظة هامة . فكثيراً ما يختلط عند البحث حق الملكية فى ذاته وسوء توزيع الثروة ، وهما أمران مستقلان أحدهما عن الآخر كل الاستقلال . وكثيراً ما يتخذ من سوء توزيع الثروة فى المجتمع ، واستئثار طبقة قليلة العدد بالقدر الأكبر من ثروة البلاد ، حجة للتدليل على عدم مشروعية حق الملكية ، وكأن إلغاء هذا الحق هو الذى يكفل حسن توزيع الثروة . وواضح أن إلغاء حق الملكية هو إلغاء للثروة نفسها ، فلا يعود هناك محل للنظر فى حسن توزيع الثروة أو فى سوء توزيعها . وواضح أن حق الملكية لا يمس من عدالته أن يكون توزيع الثروة غير عادل ، فإذا ما كان توزيع الثروة غير عادل وجب عندئذ إصلاح نظام توزيع الثروة دون المساس بحق الملكية .

وعند النظر فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، يحسن التمييز بين مناطق ثلاث : منطقة الاستهلاك ، ومنطقة الخدمات العامة ، ومنطقة الإنتاج .

ففى منطقة الاستهلاك تكاد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تختفى ، وتكاد ملكية الاستهلاك تتمحض حقاً ذاتيا ليس المجتمع ولا للدولة شأن به ، والشأن كل الشأن هو للمالك المستهلك .

---

(١) انظر فى هذا المعنى مارتى ورينو فقرة ٣٦ ص ٤١ – مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ – وقد عرف فى فرنسا ، ما عرف فى مصر ، ما يسمى « خلو الرجل » أى مبلغ من المال يأخذه المستأجر لقاء تركه المكان المؤجر لمن يخلفه فيه ويسمى فى فرنسا « "pas de porte" » . وهو عمل معاقب عليه جنائيا فى فرنسا وفى مصر ، ولكنه مع ذلك ، فى فرنسا وفى مصر ، واسع الشيوع فى التعامل . انظر فى فرنسا مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ .

أما فى منطقة الخدمات العامة . كالتعليم والصحة والمرافق العامة ، فالأمر على النقيض من ذلك . والملكية فى هذه المنطقة تتميز بطابعها الاجتماعى ، وتبرز الوظيفة الاجتماعية لملكية الخدمات العامة كل البروز ، ويكون للدولة فيها الشأن الأكبر ، وللتأميم المجال الأوسع .

بقيت منطقة الإنتاج ، وهذه هى المنطقة التى يطول فيها النقاش والجدل . ومهما يكن من اختلاف الرأى فى هذه المسألة الشائكة ، فلابد من التسليم أن حق الملكية فى منطقة الإنتاج لها وظيفة اجتماعية بارزة ، بل إن الوظيفة الاجتماعية ترجح الصبغة الذاتية فى ملكية الإنتاج . وإذا وجب أن يكون للنشاط الفردى فى الإنتاج دور هام ، فإن لنشاط الدولة دورا رئيسيا كذلك .

ونتعقب هذه المناطق الثلاث ، فنقول كلمة فى منطقتى الاستهلاك والخدمات العامة وهما طرفا نقيض كما قدمنا ، ثم نعرض لمنطقة الإنتاج .

§ ١ – منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة

٣٤٥ — منطقة الاستهلاك : قدمنا أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية فى منطقة الاستهلاك ، لا تكاد تظهر . وتشمل هذه المنطقة جميع الأموال المملوكة للشخص للوفاء بحاجاته الخاصة . ويدخل فى ذلك نفقات المعيشة ، وما يحتاج إليه الفرد من مأكل ومشرب ، وكسوة وملبس ، وبيت السكنى ، والأثاث والمنقولات الأخرى التى يستخدمها لاستعماله الخاص ، وما يكسبه بعمله من دخل ، وما يدبره بحسن تبصره من ادخار . والملكية هنا هى حق ذاتى ، لا يكاد يكون للوظيفة الاجتماعية شأن بها . ومن حق مالك هذه الأشياء أن يستأثر بها ، وأن يمنع عنها الاعتداء من أى جانب ، جانب الأفراد أو جانب الدولة . وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ، وأن يستهلكها على الوجه الذى يريد ، فإن الغرض من هذه الأموال هو الاستهلاك ، وتنتقل منه بعد الموت إلى ورثته .

وهذه الحقائق مسلم بها من الجميع . لا يكاد يخالف فيها أحد . وتقرها أشد المذاهب الاشتراكية تطرفا . ويدخل فى ذلك المذهب الشيوعى نفسه ، ويسميها بالملكية الشخصية (propriété personnelle) . فقد نصت المادة

العاشرة من دستور الاتحاد السوفيتى الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ على ما يأتى : « حق الملكية الشخصية للمواطنين ، فى دخلهم وادخارهم ، وفى منزل السكنى وما يتبعه من اقتصاد منزلى ، وفى الأشياء التى تفى بالحاجات المنزلية ، وفى الأشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية ، وكذلك الحق فى انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث ، كل هذا يحميه القانون »[1] .

٣٤٦ — منطقة الخدمات العامة : والملكية فى هذه المنطقة تتميز بأنها ليست ملكية استهلاك واستعمال شخصى كما هو الأمر فى منطقة الاستهلاك ، وليست ملكية استغلال كما هو الأمر فى منطقة الإنتاج ، بل هى ملكية أعدت لتوزيع الخدمات العامة على أفراد الشعب ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر. ويدخل فى هذه المنطقة الصحة العامة ، والتعليم ونشر الثقافة ، والتأمينات الاجتماعية بمختلف أنواعها من تأمين من العجز والمرض والشيخوخة ، إلى تأمين من البطالة ، إلى تأمين من الإصابات ، وما إلى ذلك من أنواع التأمين. كما يدخل فيها المرافق العامة من ماء ونور وغاز وطرق مواصلات وغير ذلك .

وتنظيم الخدمات العامة وتوزيعها على الأفراد يحسن أن يكون على أساس محلى لا على أساس مركزى ، فيتولى كل إقليم الوفاء بحاجات سكانه ، وهو أبصر بها وأقدر على تنظيمها .

والملكية التى تكفل هذه الخدمات ، على خلاف ملكية الاستهلاك ، وظيفتها الاجتماعية بارزة بروزا واضحا كما سبق القول . بل إنه يحسن أن تتولى الدولة والأشخاص العامة الإقليمية أداء هذه الخدمات ، ويحل نشاطها فى هذه المنطقة محل النشاط الفردى . ذلك أن النشاط الفردى لابد له من حافز ، وخير حافز له هو الربح المادى . وأكثر الخدمات العامة ، إذا توخى القائمون بها حسن أدائها وعدالة توزيعها ، لا تدر ربحا بل تعود على موزعها بالخسارة .

---

(١) David et Hazard فى القانون السوفييتى سنة ١٩٥٤ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها — Arminjon, Baron Nolde et M. Wolff فى القانون المقارن جزء ٣ سنة ١٩٥٢ فقرة ٨٩٦ وفقرة ٩١٨ — أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣ .

وانظر مارتى ورينو فقرة ٣٧ ص ٤٤ .

فتعليم أفراد الشعب نفقاته باهظة . دع أنه من المرغوب فيه أن يكون التعليم مجانيا . فمن حق جميع أفراد الشعب ، الأغنياء والفقراء على السواء ، أن يتعلموا وأن يصلوا فى التعليم إلى أقصى مرحلة يستطيع أن يبلغها الفرد بمواهبه العقلية . وكذلك الخدمات الصحية العامة والمستشفيات يجب أن تكون فى متناول أفراد الشعب . مجانا أو بأجر زهيد . وهذا هو أيضاً شأن التأمينات الاجتماعية والمرافق العامة ، يجب أن تؤدى لجميع أفراد الشعب بأقل ما يمكن من النفقات . ومن أجل ذلك يكون من المرغوب فيه أن يحل محل النشاط الفردى فى منطقة الخدمات العامة نشاط الدولة ، فهى وحدها القادرة على بذل النشاط اللازم دون سعى وراء الكسب .

وقد يكون هناك مجال محدود للنشاط الفردى، فى منطقة الخدمات العامة ، إلى جانب نشاط الدولة . فقد تؤسس مستشفيات ومدارس خاصة ، إلى جانب مستشفيات الدولة ومدارسها . ولكن الملكية فى حدود هذا النشاط الفردى تكاد تكون وظيفة اجتماعية محضة . ويجب أن تبسط الدولة رقابتها على هذا النشاط حتى لا يكون الربح المادى هو رائده الأول ، بل يحسن أن يكون القائم بهذا النشاط جمعيات وهيئات خيرية تكرس جهودها لخدمة المجتمع .

§ ٢ – منطقة الإنتاج

٣٤٧ – الإنتاج يسوده بوجه عام النشاط الفردى : وفى منطقة الإنتاج يحتدم الخلاف بين المذاهب الاشتراكية والمذاهب الفردية . ففى المذاهب الاشتراكية يجب أن تكون وسائل الإنتاج جميعها ملكا للدولة ، ويحل فى منطقة الإنتاج نشاط الدولة محل النشاط الفردى .

ولما كان الإنتاج خاضعا لقوانين اقتصادية صادقة لا يمكن الإفلات منها ، فليس بمجد إغفال هذه القوانين . ومن أهمها أن يكون للإنتاج حافز من الربح المادى ، ولا يتوافر ذلك إلا للنشاط الفردى .

لا شك فى أن لنشاط الدولة مجالا واسعا للعمل فى منطقة الإنتاج ، ولكن هذا المجال إنما يكون فى الميادين التى لا يستطيع النشاط الفردى أن يقوم بأعبائها على وجه مرضى . فكثير من الصناعات الناشئة ، وبخاصة الصناعات الثقيلة ،

وكثير من المشروعات التى لابد منها لقيام الاقتصاد القومى على أسس سليمة وهى غير مجزية اقتصاديا ، يرجح فيها نشاط الدولة على النشاط الفردى ، ومن الخير أن يحل فيها القطاع العام محل القطاع الخاص . ولكن يجب السير بحذر وتبصر فى تأميم هذه المشروعات ، فلا يمتد التأميم إلى المشروعات التى نجحت واستقرت بفضل النشاط الفردى .

والزراعة هى أوسع المجالات وأفسح الميادين للنشاط الفردى ، وقد دلت التجارب على أن النشاط الفردى فى الزراعة يرجح كثيراً نشاط الدولة . ولا شأن لنا هنا بحسن توزيع الأرض على العاملين فيها ، فهذه مسألة عدالة اجتماعية وليست مسألة اقتصادية . والمشرع كفيل بسن القوانين التى تكفل هذه العدالة ، فيعين حدا أقصى للملكية الزراعية على الوجه الذى يراه عادلا . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون النشاط الفردى فى الزراعة ، فى أى نظام يختاره المشرع لتوزيع الأرض ، هو العامل الرئيسى فى قيام الزراعة على أسس اقتصادية سليمة .

والصناعة كذلك مجال واسع للنشاط الفردى ، وقد يختلط بالنشاط الفردى هنا نشاط الدولة على الوجه الذى بيناه .

والتجارة ، وهى الوسيلة لإيصال السلعة من المنتج إلى المستهلك ، فى أشد الحاجة إلى التنظيم ، ولابد لها من حافز هو حافز الربح المادى . ولذلك يجب أن يسود فيها النشاط الفردى بوجه عام ، وقد يكمله فى بعض النواحى نشاط الدولة .

٣٤٨ — مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية فى منطقة الإنتاج : ومهما يقم من خلاف فى ضرورة النشاط الفردى فى منطقة الإنتاج ، فمن المسلم به أن الملكية الفردية فى هذه المنطقة لها وظيفة اجتماعية بارزة . فالمنتج المالك يجب أن يعتبر ملكيته وسيلة ، لا لخدمة منفعته الشخصية فحسب ، بل هى أيضاً وسيلة لخدمة المجتمع ، والمجتمع شريك له فى هذه الملكية . والدولة هى التى تمثل المجتمع ، فهى الشريكة فى ملكية الإنتاج .

وتتمثل هذه الشركة بوجه خاص فى أمرين : (الأمر الأول) أن يكون للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردى فى منطقة الإنتاج . فجودة الإنتاج ،

وحسن خدمته للاقتصاد القومى ، وتجنب الاستغلال وهو آفة الإنتاج الفردى ، كل هذا لابد له من رقيب ، وخير رقيب هو الدولة . للدولة حق التخطيط للنشاط الفردى ، وقد تلجأ فى بعض الحالات إلى التأميم إذا اقتضى ذلك حسن نظام الاقتصاد القومى ، بشرط التعويض العادل مقدما لمن تنزع ملكيته . (والأمر الثانى) أن يكون للمجتمع حصة معلومة فى ملكية الإنتاج . ينفق منها على الخدمات العامة . وهذه الحصة هى الضرائب المختلفة التى تتقاضاها الدولة من المنتجين والعاملين . على أن يكون المدول ممثلا تمثيلا صحيحا فى حكومة دمقراطية .

٣٤٩ — العدالة الاجتماعية فى التوزيع بين رأس المال والعمل — الملكية الفردية وملكية المشروع : ويجب أن يقوم البناء الاقتصادى على أساس من العدالة فى التوزيع . فالمشروع الإنتاجى ليس ملكا خالصا لصاحبه ، بل يشترك معه فيه العاملون فى المشروع . ويجب توزيع الربح بنسبة عادلة بين المالك والعاملين ، وهذا ما يسمى بملكية المشروع ، ويقابله الملكية الفردية .

فصاحب المصنع مثلا هو صاحب رأس المال ، وفى الوقت ذاته هو الذى يدير المشروع . وأرباح المصنع يجب أن توزع توزيعا عادلا بين رأس المال والعمل ، فيتقاضى صاحب المصنع من الأرباح حصة تمثل فوائد رأس المال . أما بقية الأرباح فيجب توزيعها بينه وبين سائر العاملين فى المشروع ، كل بقدر أهمية عمله . ومن ثم يكون للعاملين فى المشروع حصة فى أرباح المصنع توزع عليهم توزيعا عادلا ، وهذا إلى جانب الأجور التى يتقاضونها . ذلك لأنهم ساهموا فى الإنتاج وفى تسيير المشروع . ولأن الأرباح قد نتجت لا عن رأس المال فحسب ، بل أيضاً عن العمل . فهى أرباح ، لا لملكية رأس المال ، بل لملكية المشروع[1] .

---

(١) انظر فى ملكية المشروع : Rouast فى تطور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كابيتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٥٤ وما بعدها — جزء ٢ سنة ١٩٤٦ ص ١١٨ — ص ١١٩ — Durand فى الفكرة القانونية للمشروع ، ضمن دراسات جماعة هنرى كابيتان جزء ٣ سنة ١٩٤٧ ص ٤٥ — Durand et Jaussaud فى قانون العمل جزء أول سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٣٥ وما بعدها — Saint-Alary فى الفكرة =

الفصل الثانى

نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

الفرع الأول

نطاق حق الملكية

٣٥٠ — مدى حق الملكية : يملك المالك الشيء أصلا وفرعا . يملكه أصلا ، فتتناول الملكية الشيء ذاته أى عناصره الجوهرية ، فإذا كان الشيء أرضا شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . ويملكه فرعا ، فتتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات .

المبحث الأول

شمول الملكية الشيء ذاته – الأرض وما فوقها وما تحتها

٣٥١ — نص قانونى : تنص المادة ٨٠٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » .

« ٢ – وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقاً » .

« ٣ – ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها[1] » .

= القانونية للمشروع الزراعى فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ١٢٩ وما بعدها – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٦١ – كاربونييه ص ٨٨ – Nersos فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣ ص ٢٨١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٢٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – من يملك الشيء يملك كل ما يعد بحكم العرف من عناصره الجوهرية . بحيث لا يمكن =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كانت معمولا بها دون نص[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٦٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٩ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣[2] .

= فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير . ٢ – ملكية الأرض تشمل مافوقها وما تحتها إلى الحد الذى يصلح للاستعمال علوا أو عمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . ٣ – يجوز بناء على نص القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية مافوقها أو ما تحتها » . وفى لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٨٧١ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى « غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل ، وأصبح رقم المادة ٨٧٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « بحكم العرف » لأن العرف ليس هو المرجع الأول فى تحديد العناصر الجوهرية ، بل يرجع فى ذلك أولا إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك . وقد أصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٨٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦ – ص ١٩) .

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ – بنى مزار ٢٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٤٥٠ ص ٩٢١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٢ (مطابق – فيما عدا أن الفقرة الثانية تنتهى بالعبارة الآتية : « وذلك دون الإخلال بأحكام القانون الخاص بالمحاجر والمناجم ») .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣ : تشمل ملكية الأرض ملكية مافوق السطح وما تحته ، وعليه فإن لمالك الأرض أن يغرس فيها ما يشاء من الأغراس وأن يبنى ما يشاء من الأبنية ، وأن يجرى فيها حفريات إلى أى عمق شاء ، وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتجه ، ضمن التقييدات الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة . (وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى – انظر فى نطاق حق الملكية فى القانون اللبنانى : حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٨٩ – ص ٩٨) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له ، والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل ، بحيث لو فصل منه لهلك الشيء أو تلف أو تغير »[1]. فإذا كان الشيء منقولا سهل التعرف على ذاتيته وأجزائه ، فالسيارة أو الكتاب مثلا يمكن نقله من مكان إلى آخر ، وينتقل بطبيعة الحال بجميع أجزائه ، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء[2] . أما إذا كان عقارا[3] ، فإن كان بناء فإن تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء . بقي ما إذا كان العقار أرضا ، وملكية الأرض — كما تقول المادة ٢/٨٠٣ مدنى سالفة الذكر — تشمل ما فوقها وما تحتها ، أى الأرض علوا وعمقاً . وقد يوجد فى باطن الأرض (أى العمق) مناجم أومحاجر تحوى مواد معدنية أو خامات ، وهذه لا تكون مملوكة لصاحب الأرض بل هي ملك الدولة ، ولها أحكام خاصة تكفل ببيانها قانون المناجم والمحاجر .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الأرض علوا وعمقاً . (٢) المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر .

§ ١ — الأرض علوا وعمقا

٣٥٢ — مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق : الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها (dessus) أى للعلو (hanteur) ، ولما تحتها (dessous) أى للعمق (profondeur) . وقد أكدت هذا المعنى المادة ١/٩٢٢ مدنى إذ تقول : « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له » .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فيما يعتبر أجزاء من العقار (أى عناصره الجوهرية) ، أرضا كان أو نباتا أو مبانى أو منشآت : آنفا فقرة ٩ — فقرة ١١ .

ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز أن يقام الدليل ، في مواجهة صاحب سطح الأرض ، على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (م ٩٢٢/ ٢ مدني) . وقد تقرر المادة ٨٠٣/ ٣ مدني كما رأينا أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق . ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ... ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام . وما حق القرار وحق الحكر وحق التعلي إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح »[1] . وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق ، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية ، أي بإرادة منفردة . فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني ، سواء كان التصرف اتفاقا أو وصية[2] .

والعكس غير صحيح . فملكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح ، فمالك العلو أو العمق ، إذا ادعى ملكية السطح ، عليه هو أن يثبت ذلك[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر قانونا أن كل من ملك أرضا صار مالكا ما فوقها وما تحتها أيضاً ، إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن كل ذلك (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦) . وقضت أيضاً بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٠) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أن ما تحت الأرض يجوز أن يكون وحده مستقلا محلا لنزع الملكية للمنفعة العامة (نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ - ١ - ٣٠٥) .

وعلى من يدعي أنه يملك العلو أو العمق منفصلا عن السطح عبء إثبات ذلك في مواجهة مالك السطح (پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ - مارتي ورينو فقرة ١٠٤) .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٧ - بودري وشوفو فقرة ٣٣١ ص ٢٣٥ —

٣٥٣ — *العلو*: وملكية العلو هي التي تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت أو يغرس فيها أو يزرعها ، كذلك تمكن له من النور والهواء[1]. وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه . فإذا امتد الشجر أو الزرع في الأرض المجاورة ، وتفرعت أغصانه حتى احتلت حيزاً من العلو المجاور ، كان لمالك هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع إلى علوه . وليس لصاحب الشجر أو الزرع أن يمتنع عن ذلك بدعوى أن هذا الامتداد لم يحدث ضررا للجار، فمجرد الامتداد إلى العلو يكون ضررا كافيا[2] . كذلك إذا صاد الجار وهو في أرضه طيراً في أرض جاره ، كان هذا اعتداء على علو الجار[3].

ولا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد لملكية العلو ، فقد صرحت المادة ٢/٨٠٣ مدني كما رأينا بأن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا » . وكان المشروع التمهيدي لهذا النص يجري على الوجه الآتي : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علوا أو عمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » .

= ص ٢٣٦ — پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ — نقض فرنسي ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ جازيت دي پاليه ١٩٤١ — ٢ — ٩٨ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وتكون طبقة الهواء وهي فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء ، وكذلك حق التعلي وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧) . وللمالك أن يعلو بالبناء العدد الذي يشاء من الطبقات ، في حدود القوانين واللوائح الخاصة بالبناء .

(٢) وقد قضي بأنه يسوغ للمالك الذي تمتد على أرضه أشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التي تحجب عن أرضه الشمس فتسبب ضررا لزراعته . وإذا كان الضرر ناشئا عن امتداد جذور تلك الأشجار في أرضه ، فله أن يقطع تلك الجذور الممتدة بأرضه دون التجاء إلى الجار . أما طلب إزالة الأشجار فغير ممكن ، لأنه يحرم المالك من حرية التصرف في ملكه بما يريد ، الأمر الذي يتنافى مع حق الملك (طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥) .

(٣) نقض فرنسي جنائي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دي پاليه ١٩٥٨ — ١ — ٩٩ — مازو فقرة ١٣٥٨ — وإذا أعلى الجار حائطه بحيث أصبح الجزء المعلى مائلا يشغل جزءاً من علو جاره ، كان هذا اعتداء يبرر إزالة الجزء المائل من الحائط (نقض فرنسي ١٥ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٢ — بودري وشوفو فقرة ٣٣١ ص ٢٣٥) .

وقد حذفت الجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة « غير أنه ليس للمالك أن يعارض ... » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له . وهو مفهوم من صدر الفقرة »[1]. وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن المادة ١١٦٣ (من المشروع التمهيدى) أوردت قيدا على حق المالك فى العلو والعمق ، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . فإذا اضطرت مصلحة التلغرافات إلى إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلى ايصال أنابيبها تحت السطح ، على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية »[2] .

ويستخلص من ذلك أمران بالغا الأهمية من الناحية العملية .

(الأمر الأول) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا تحدث له ضررا . وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها ، تأكيدا لهذا الحكم ، على أن « كل مالك لعقار أو واضع اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العقار إذا كان مبنيا ، وفوقه أو تحته إذا كان أرضا ، مرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو أو التلفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لإحدى السلطات العامة أو لصاحب التزام باستغلال مرفق عام مرخص له بذلك قانونا . وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها . وإذا كان بالأرض بناء ، فلا يجوز وضع الأسلاك إلا فى خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح ، وبكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى ، وبطريقة لا تعرض سلامة الغير للخطر » . وجاء فى المادة ٢ من نفس القانون أنه « إذا لم يقبل المالك كتابة

---

(١) انظر آنفا ص ٥٦٨ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

وضع الأسلاك ، لم يجز وضعها إلا بمقتضى قرار يصدر من الوزير المختص.
ويتضمن هذا القرار وصف الأعمال التي يراد إجراؤها ، وبيانا تفصيليا عن
كل أرض أو بناء يراد تنفيذ الأعمال فيه » .

(والأمر الثاني) لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات في أثناء طيرانها
فوق أرضه ، فهي تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضررا ،
وصوت أزيزها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها ،
وإلا تعطلت الملاحة الجوية . ولما كان الفضاء الجوى تحت سيادة الدولة ،
فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة١٩٣٥ بشأن الملاحة الجوية ينص في المادة
الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو
أراضيها . وتشمل كلمة (أراضي) المياه الإقليمية » . وتنص المادة الثانية
على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وصدر في يوم صدور هذا
القانون (٢٣ مايو سنة ١٩٣٥) مرسوم بتنظيم الملاحة الجوية ، وهو يقضى
بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون
أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات ، وتشمل كلمة
« طائرة » كل البالونات المقيدة أو الطليقة والمناطيد والطيارات والمطيرات
والحلقات ، وكذلك جميع الأجهزة التي تستطيع أن ترتفع أو تسير في الهواء[1].

---

(١) وذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الفضاء الجوى أقساما ثلاثة : القسم الأول وهو أقرب
الأقسام إلى الأرض ويكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب الأرض ، والقسم الثاني وهو الذى يلى
القسم الأول ويكون خاضعا لسيادة الدولة ، والقسم الثالث وهو الذى يعلو القسم الثاني ويكون
حرا لا يخضع لا للملكية خاصة ولا لسيادة الدولة (Marignhac في مجلة القانون الدولى
العام سنة ١٩١٤ ص ٢٠٥ – Fricotelle رسالة من باريس – عكس ذلك Hamel
في حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٥ ص ٨) . ويصعب التسليم بهذا التقسيم ، إذ أن حدود كل
قسم وأين تنتهى في الجو لا يمكن تبينها بالوضوح الذى نتبينه في التقسيم المماثل بالنسبة إلى البحر .
وقد صدر في فرنسا قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ ينظم الملاحة الجوية ، وقد أصبح هذا القانون بعد
ذلك في ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٥ تقنينا للملاحة الجوية المدنية والتجارية . ويطلق القانون حرية
الملاحة في الجو وتحليق الطائرات فوق أراضي الأفراد ، بشرط ألا يكون ذلك من شأنه تعطيل
استعمال حق الملكية . ويمكن القول بأن هناك حق ارتفاق على أراضي الأفراد بموجبه يكون
للطائرات حق التحليق فوق هذه الأراضي (Juglart في القانون الجوى فقرة ١٥٣ وما بعدها –
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢) ، وإن كان حق الارتفاق يكون على عقار لمصلحة –

ولا يجوز للمالك أن يقيم فى أرضه أسلاكا أومنشآت أخرى متعمداً بذلك الإضرار بالملاحة الجوية ، وإلا كان هذا تعسفا فى استعمال حق الملكية[1] .

٣٥٤ — العمق : وملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر فى أرضه حتى يضع أساس البناء الذى يقيمه فوق الأرض ، وأن تمتد جذور أشجاره ، ومغروساته وزراعته إلى الأعماق التى تتطلبها . وله أن يقوم بحفريات فى أرضه[2] ، وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه ، فإذا وجد غرس الجار قد امتد إلى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجذور الممتدة[3] .

وهناك رأى يذهب إلى أنه يترتب على أن العمق مملوك لصاحب الأرض أن الكنز المدفون أو المخبوء تحت الأرض يكون ملكا له ، وقد نصت المادة ٨٧٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ — الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز

= عقار آخر . ويجب أن يكون التحليق فوق أراضى الأفراد بطريقة لا ينجم عنها خطر . وفى مصر تنص المادة ٢٤ من القرار الوزارى رقم ١٥ لسنة ١٩٤٢ الصادر من وزير الحربية على أنه « لا يجوز لأية طائرة أن تطير طيرانا منخفضا أو بطريقة ينجم عنها خطر للأشخاص أو الحيوان أو للممتلكات ، أو ينجم عنها ذعر للإنسان أو ذعر أو نفور للحيوان أو الطيور فى المناطق المقررة للصيد » .

(١) انظر مازو فقرة ١٢٦٠ — وانظر فى التشريعات الفرنسية المختلفة التى تفرض قيودا على ملاك الأراضى من نواح متعددة مارتى ورينو فقرة ١٠١ ص ١٢٧ .

(٢) الحفريات الأثرية نظمها القانون كما سنرى .

(٣) وفى فرنسا تقضى المادة ٦٧٣/ ١ و ٢ مدنى فرنسى بأن يكون للجار أن يقطع بنفسه الجذور الممتدة إلى باطن أرضه ، وهذا بخلاف ما إذا كانت أغصان الأشجار قد امتدت إلى علو الجار فلا يكون للجار فى هذه الحالة قطع هذه الأغصان بنفسه بل يجب عليه أن يلجأ إلى القضاء فى ذلك . والسبب فى هذا التمييز ، على ما يظهر ، أن الجار يكون عرضة ، فى حالة امتداد الجذور إلى باطن أرضه ، لأن يقطعها وهو يحفر فى أرضه دون أن يدرى ، فأراد المشرع الفرنسى أن يجنب الجار المسئولية دون أن يكلفه بإثبات عدم علمه (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٦٦ ص ٧٧٦) . ولا محل لهذا التمييز فى مصر إذ لا يوجد نص يقابل المادة ٦٧٣ / ١ و ٢ مدنى فرنسى ، ففى الحالتين للجار أن يطالب بقطع الشجر ولا يقوم بقطعه بنفسه حتى لو امتدت الجذور إلى باطن الأرض ، إلا إذا كان ذلك دون قصد (شفيق شحاتة فقرة ٧٤ ص ٩٩ — حسن كيرة ص ١٨٧ هامش ١ — ومع ذلك انظر طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ، آنفا ص ٥٧٢ هامش ٢) .

أو لمالك رقبته . ٢ – والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون الكنوز .. وهى تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين يقرر فى أولهما .. أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته »[1].

ولا يفهم هنا أيضاً أنه لا يوجد حد لملكية العمق ، فالمالك له هذه الملكية إلى الحد المفيد فى التمتع بها . وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه ، فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية[2] .

وأهم قيد يرد على ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون المناجم والمحاجر ، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر فى باطن الأرض ملكا للدولة ، لا لصاحب الأرض .

§ ٢ – المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر

٣٥٥ – قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ : أول قانون صدر فى مصر فى شأن المناجم والمحاجر كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ . ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة لسنة ١٩٥٣ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ يلغى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ويحل محله . وأدخل بعد ذلك تعديل شامل على أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، فصدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يلغيه ويحل محله ، فيما عدا مواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم والمحاجر وبقيت أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ سارية بالنسبة إلى مواد الوقود وحدها . واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم ٨٦

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ – ص١٨ – والصحيح أن ملكية الكنز تكون لصاحب الأرض بحكم القانون وحده ، كما سيجىء عند الكلام فى الاستيلاء فى الجزء التاسع من الوسيط .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

لسنة ١٩٥٦ ، إذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنية لدخول عنصر الصناعة فيها ، وهذا ما تضمنه فعلا القانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ .

فالقانون المعمول به الآن فى شأن المناجم والمحاجر هو القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ . وقد نشر فى الوقائع المصرية فى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ وعمل به من هذا التاريخ . وسنبين فى إيجاز أحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق الدولة وحقوق مالك الأرض فى المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر .

٣٥٦ – المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر تعتبر من أموال الدولة : لما كانت المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر توجد فى باطن الأرض ، فقد كانت قبل صدور التشريعات المشار إليها ملكا لصاحب الأرض . ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التى يقوم عليها الاقتصاد القومى فى البلاد ، فقد وجب تنظيمها بتشريعات خاصة توفق بقدر الإمكان ما بين حقوق مالك الأرض ومراعاة جانب الاقتصاد القومى . واستغلال المناجم والمحاجر ليس من الأمور الهينة . ولا يستطيعه مالك الأرض منعزلا ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضى المتلاصقة إذا نقصتهم رؤوس الأموال الضخمة التى يقتضيها هذا الاستغلال والخبرة الفنية العالية التى لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات القوية المتخصصة .

لذلك كان من أهم نصوص قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ النص الذى يقضى باعتبار المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر ملكا للدولة ، فنزع بذلك عن أصحاب الأراضى التى يوجد فى باطنها هذه المواد ملكيتهم إياها . إذ نصت المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء – الأحجار الجيرية والرملية والرمال – التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير »[1].

---

(١) انظر فى فرنسا أن الدولة لا تملك المناجم إلا من وقت إعطاء التزام بها ، وأن المناجم إلى ذلك الوقت تبقى ملكا لصاحب الأرض : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣١ – أما فى مصر فظاهر أن الدولة تملك المواد المعدنية وخامات المحاجر ، فهذه المواد والخامات تعتبر من أموال الدولة بصريح النص . ولذلك تكون عقود استغلالها هى عقود التزام ، (concession) كما مر –

والمواد المعدنية هى « المعادن وخاماتها ، والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما فى حكمها ، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التى توجد على سطح الأرض أو فى باطنها ، وكذلك المياه المعدنية الخارجية من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها . ولا تدخل فى ذلك الأملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخير ، ويكون الترخيص باستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة » (م ١ /١ قانون المناجم والمحاجر). ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالمناجم ،والمناجم ذاتها وهى باطن الأرض الذى توجد فيه هذه المواد . فالذى أصبح ملكا للدولة هى المواد المعدنية ، أما المناجم أى باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل إن كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها فى أغراض أخرى غير استخراج المعادن

وخامات المحاجر هى « مواد البناء والرصف ، والأحجار الزخرفية ، وخامات المون ، والملاط ، والأحجار الصناعية ، والدولوميت ، ورمال الزجاج ، وما يماثلها » (م ٣/١ قانون المناجم والمحاجر) . ويجب التمييز هنا أيضاً بين هذه الخامات وهى وحدها التى أصبحت ملكا للدولة ، وبين المحاجر أى باطن الأرض الذى يحتوى على هذه الخامات وهذا بقى على حاله مملوكا لصاحب الأرض إن كان لها صاحب . على أن من خامات المحاجر ما بقى هو أيضاً على حاله مملوكا لصاحب الأرض . وهذه هى مواد البناء من الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، كما هو صريح نص المادة الثالثة من قانون المناجم والمحاجر فيما رأيناه .

٣٥٧ — الكشف والبحث والاستغلال فيما يتعلق بالمواد المعدنية

بالمناجم — حقوق مالك الأرض : ولما كانت المواد المعدنية بالمناجم هى ملك للدولة كما قدمنا ، فقد أبيح — حتى سنة ١٩٦٣ — لمن يملك الوسائل اللازمة من شركات وجمعيات ومؤسسات وهيئات وأفراد أن يكشفوا عن هذه

— الأمر فى سائر الأموال العامة . وتكون علاقة الدولة بالمستغل هى علاقتها بالملتزم . أما علاقة مالك الأرض بكل من الدولة والملتزم وطبيعة حقوقه وهل هى حقوق شخصية أو عينية ، وإذا كانت عينية فمن أى نوع هى ، فهذا هو محل البحث فيما يلى .

المعادن . طبقا لإجراءات ووفقا لنظام رسمه قانون المناجم والمحاجر . فقد جعل هذا القانون لهذه العملية مراحل ثلاثا : الكشف والبحث والاستغلال .

(فالمرحلة الأولى) هي مرحلة الكشف : « ويراد بالكشف عن المواد المعدنية اختبار سطح الأرض أو باطنها بجميع الوسائل . وعلى الأخص الوسائل الجيولوجية والجيوفزيكية التي تؤدي إلى التعرف على المعادن من خواصها الطبيعية والمغناطيسية أو الكهربية أو غيرها . أو عمل حفر اختبار أو ثقوب التحقق من وجود أو احتمال وجود مواد معدنية » (م ١/٢ قانون المناجم والمحاجر) . ولكل شركة أو هيئة أو فرد حرية الكشف عن المواد المعدنية . وتعد مصلحة المناجم والمحاجر سجلات لقيد أسماء الكاشفين .

(والمرحلة الثانية) هي مرحلة البحث : فمن كشف عن خام من خامات المواد المعدنية عليه أن يبلغ عنه مصلحة المناجم والمحاجر ، وعلى هذه المصلحة أن تسجل له حق الكشف . ويكون للكاشف حق الأولوية في الحصول على ترخيص في البحث عن هذا المعدن . بشرط أن يتقدم بطلب الترخيص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلانه المصلحة عن الكشف . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتقدم الكاشف بطلب الحصول على ترخيص في البحث ، كانت الأولوية وفقا لأسبقية القيد في سجل أعد للطلبات التي ترد على مصلحة المناجم والمحاجر للترخيص في البحث عن المواد المعدنية[1] . ويشترط لمنح ترخيص في البحث أن تتوافر لدى الطالب الكفاية الفنية اللازمة لهذا الغرض . وأن يلتزم بإنفاق ما تستلزمه أعمال البحث على الوجه الذي توافق عليه مصلحة المناجم والمحاجر . ويصدر الترخيص من وزير الصناعة ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب . ويجوز تجديدها بشرط ألا تزيد المدة أصلا وتجديداً على أربع سنوات . ويحصل من كل ترخيص في البحث إيجار سنوي بواقع خمسة وعشرين جنيها عن كل كيلو مترين مربعين من مساحة البحث . ويعتبر كل جزء من هذه الوحدات وحدة كاملة .

---

(١) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي في الحصول على تراخيص البحث ، إذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا الوجه . كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على عقود الاستغلال عن طريق المزايدة ، إذا تساوت العروض . وعلى الأجنبي الذي منح ترخيصا في البحث ، أو أبرم معه عقد استغلال ، أن يتخذ له في جمهورية مصر موطنا ، وأن يحتفظ في هذا الموطن بالدفاتر والمستندات الخاصة بأعمال البحث والاستغلال .

(والمرحلة الثالثة) هي مرحلة الاستغلال : ويكون للمرخص له في البحث في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال عن كل المساحة المرخص له في البحث فيها أو في بعضها ، ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة . ويشترط لإصدار عقد استغلال معدن ما في مساحة معينة أن يسبقه ترخيص في البحث عن ذلك المعدن في تلك المساحة وأن يثبت المرخص له في البحث وجود الخام الممكن تشغيله[1] . ويصدر عقد الاستغلال مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بحيث لا تجاوز ثلاثين عاماً ، ويجدد العقد للمدة التي يحددها المستغل بشرط ألاّ تجاوز مدة ثلاثين عاماً أخرى . ويجوز بالاتفاق بين الوزارة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك بالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد إذا أوقف الاستغلال لمدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل ولم يقم المستغل من جانبه بالتغلب على الأسباب التي يحصل بمقتضاها على إعفائه من التزامات التشغيل ، أو إذا أوقف الاستغلال دون الحصول على هذا الإعفاء كتابة ، وذلك بناء على اقتراح مصلحة المناجم والمحاجر وموافقة وزير الصناعة[2] . ويؤدي المستغل ، علاوة على حصة الحكومة في الاستغلال ، إلى مصلحة المناجم والمحاجر مقدماً كل سنة

---

(١) واستثناء من هذه الأحكام يجوز إصدار عقد الاستغلال ، دون ترخيص سابق في البحث ، في المساحات التي يتبين لمصلحة المناجم والمحاجر وجود المعدن فيها بكميات تسمح باستغلاله . وتدرج مصلحة المناجم والمحاجر في سجل خاص كل ما هو معروف لها من هذه المساحات ، ويباح الاطلاع على هذا السجل في كل وقت . ويطرح في مزايدة عامة ما ترى المصلحة طرحه منها وما يقدم عنه طلبات للاستغلال ، وفي هذه الحالة تحصل المزايدة خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب ، فإذا لم يتقدم أحد للمزايدة منح عقد الاستغلال للأسبق من مقدمي الطلبات .

(٢) وللمستغل أو لصاحب حق الاستغلال أن يطلب من وزير الصناعة ترخيصاً أو أكثر ، على سبيل الحماية ، طبقاً لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، عن مساحة ملاصقة للمساحة التي يستغلها أو يطلب استغلالها ، بشرط ألا يزيد مجموع مساحة الحماية على مساحة الاستغلال وأن تكون مساحة الحماية المطلوبة خالية من أي حق للغير عليها . وتكون تراخيص الحماية للمدة التي يحددها الطالب ، بحيث لا تجاوز مدة الاستغلال ، ويؤدي المرخص له إيجاراً سنوياً عن مساحة الحماية بواقع عشر فئة الإيجار المقرر لمساحة الاستغلال . ويخول ترخيص الحماية المرخص له حق القيام بأعمال البحث ، وله في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال في مساحة الحماية كلها أو بعضها .

بصفة إيجار من كل هكتار أو جزء من الهكتار من مساحة الاستغلال مبلغ خمسة جنيهات على ألا يقل الإيجار عن أربعين جنيها فى السنة[١] .

وقد احتفظ قانون المناجم والمحاجر بحقوق لمالك الأرض التى توجد المناجم فى باطنها ، إن وجد . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعفى مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية فى أرضه من قيد اسمه فى سجل الكاشفين المشار إليه فى المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير فى البحث والاستغلال متى طلب ذلك . ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعفى فى حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه فى المادتين ١١ و٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه . ويسقط حق مالك السطح فى البحث أو الاستغلال . إذا أخطرته مصلحة المناجم والمحاجر بكتاب موصى عليه مع علم الوصول بوجوب طلب الترخيص فى البحث أو عقد الاستغلال خلال ثلاثة أشهر وانقضى هذا الميعاد دون أن يتقدم بالطلب . وفى حالة الترخيص فى الاستغلال للغير ، يكون لمالك السطح الحق فى نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمحاجر » . ويتبين من ذلك أن مالك الأرض له الأولوية فى البحث عن المواد المعدنية فى أرضه وفى استغلالها . ولا يؤدى إيجارا لا عن البحث ولا عن الاستغلال . وله أن يستعمل حق الأولوية هذا فى خلال ثلاثة أشهر من وقت إخطاره باستعماله . وإذا منح الترخيص فى الاستغلال للغير ، كان لمالك الأرض الحصول على نصف الإيجار الذى يدفعه المستغل[٢] . وقضت كذلك المادة ٢٣ من قانون المناجم والمحاجر بأن على من يقوم بأعمال الكشف ، وعلى المرخص له فى البحث فى أرض الغير ، أن تمتنع عن أى عمل من شأنه الإضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه . فإذا ترتب على عمله أى ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم بالتعويض . وتتولى تقدير التعويض ، بناء على طلب صاحب الشأن ، لجنة تشكل بقرار من وزير الصناعة ، وتمثل فيها مصلحة

---

(١) انظر فى أن حق المستغل فى فرنسا هو حق عينى قائم بذاته ، وليس حقا شخصيا أو حق ملكية : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٥ ص ٥٣٨ .

(٢) وفى فرنسا لمالك الأرض الحق فى جعل (redevance trefoncière) يحدده مرسوم الالتزام (decret de concession) . انظر فى طبيعته وفى أنه إيراد دائم : بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٤٤٥ — وانظر آنفا ص ٥٧٧ هامش ١ .

المناجم والمحاجر وغرفة المناجم والمحاجر والبترول الصناعية والجهات الحكومية المختصة . وتجوز المعارضة فى قرار اللجنة ، طبقا للأوضاع المقررة فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين.

٣٥٨ — تراخيص استغلال المحاجر — حقوق مالك الأرض : تكون الأولوية فى الحصول على تراخيص استغلال المحاجر لمن سبق إلى تقديم طلب بذلك[1] . ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة ، مطابقا للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار مجلس الوزراء ، وللمدة التى يحددها الطالب بشرط ألاّ تقل عن سنة ولاتزيد على ثلاثين . ويجوز تجديد العقد مرتين ، بحيث لا تجاوز المدة فى كل مرة خمس عشرة سنة . ويجوز بالاتفاق بين وزارة الصناعة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك لمدة أخرى وبالشروط التى يتفق عليها ، وفى هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد ، إذا أوقف العمل فى المحجرمدة تزيد على تسعين يوما دون إذن كتابى من مصلحة المناجم والمحاجر. وتؤدى إتاوة ، أدناها عشرون مليما وأقصاها سمائة مليم عن كل متر مكعب من الأحجار ، فى نهاية كل ستة أشهر مباشرة (انظر م ٢٧ من قانون المناجم والمحاجر)[2] . ويؤدى المرخص له مقدما إيجاراً سنويا تحدده لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصناعة . وفى حالة عدم قبول المرخص له الإيجار المحدد يطرح استغلال المحجر فى مزايدة عامة على أساس الإيجار الذى حددته اللجنة . وللجنة أن تقرر الاكتفاء بالإيجار دون الإتاوة عن كل محجر ترى أن حالته تستوجب ذلك ، كما لها أن تخفض الإيجار إذا رأت ما يسوغ ذلك . أما المحاجر التى تقرر عليها إتاوة وإيجار ، فيحصل عنها أكبر القيمتين . ويجوز للجنة أن تعيد النظر فى تقدير الإيجار فى أثناء سريان مدة العقد بالنسبة إلى

---

(١) وتكون الأولوية للمصرى على الأجنبى إذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا النحو ، كما تكون للمصرى الأولوية فى الحصول على هذه التراخيص عن طريق المزايدة إذا تساوت العروض .

(٢) وقد كانت هناك إتاوة مفروضة على استغلال المواد المستخرجة من المناجم ، ولكنها ألغيت بالقانون الأخير للمناجم والمحاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) ، إلا فيما يتعلق بخامات الوقود التى بقيت محكومة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، « وذلك اكتفاء بالضريبة المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ والقوانين المعدلة له ، وقد تقرر هذا الإلغاء جريا على سياسة تشجيع صناعة التعدين فى مصر » (المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) .

العقود التى مدتها عشر سنوات على الأقل . إذا رأت المصلحة ذلك أو بناء على طلب المرخص له ، وبشرط إبداء أسباب جدية . وبعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على تقدير اللجنة السابق[1] . وإذا لم يتم المرخص له بنقل الكميات التى استخرجها من المحجر حتى نهاية مدة العقد ، آلت ملكية المواد الباقية إلى الحكومة ، ما لم يقدم المرخص له خلال الخمسة عشر يوما السابقة على تاريخ انتهاء العقد طلبا لحفظ حقه فى نقل هذه المواد فى المدة التى تحددها له المصلحة . وبشرط أداء مبلغ يوازى مثلى الإتاوة المقررة عن تلك المواد .

أما الحقوق التى احتفظ بها القانون (م ٣٢ قانون المناجم والمحاجر) لمالك الأرض التى يوجد بها المحجر إن وجد . فهى الترخيص لهذا المالك فى أن يستخرج من المحجر ما يحتاج إليه من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها . مع إعفائه من الإيجار والإتاوة[2] . ويكون للمالك الأولوية على الغير فى الحصول على الترخيص فى الاستغلال من الأرض المملوكة له . وفى هذه الحالة يعفى من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه إذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب . وفى هذه الحالة يجوز

---

(١) انظر م ٢٨ من قانون المناجم والمحاجر . وتنص المادة ٣٠ من هذا القانون على أنه « فى عقود استغلال المحاجر التى تبرم مدة سنة يجوز للمستغل . قبل انتهاء هذه المدة وبعد انقضاء مدة لا تقل عن ستة شهور من تاريخ ابتداء العقد أو تجديده . أن يستبدل بالمحجر محجراً آخر من نوعه فى المنطقة ذاتها ، بالشروط المنصوص عليها فى العقد وللمدة الباقية منه ، إذا ثبت للمصلحة ما يبرر هذا الاستبدال . وبشرط أن يقوم طالب الاستبدال بأداء كل ما هو مستحق عليه من إتاوات عن المواد التى استخرجها من المحجر المراد استبداله قبل استلام المحجر الجديد . ويكون الاستبدال مرة واحدة فقط . ويجوز إيجار المحجر الجديد على الوجه المبين فى المادة ٢٨ . فإذا زاد هذا الإيجار على الإيجار القديم التزم المستغل بأداء الفرق بين القيمتين فى الأجل الذى تحدده المصلحة ، وإلا سقط حقه فى الاستبدال . وإذا قل الإيجار الجديد عن القديم ، فليس له المطالبة بالفرق » .

(٢) يبدو أن المقصود بمواد البناء هنا المواد غير التى استثنيت فى المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر . أو غير الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، إذ أن هذه المواد الأخيرة تعتبر ملكا لصاحب الأرض كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٣٥٦) . فلا محل لإعفائه من الإيجار والإتاوة عن شىء هو مملوك له . وإنما يعفى من الإيجار والإتاوة فيما هو غير مملوك له من مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات الموز إلخ إلخ . (انظر المادة ٣/١ من قانون المناجم والمحاجر) — قارن إسماعيل غانم فقرة ٣٣ ص ٦٧ هامش ١ .

الترخيص للغير فى استغلال المحجر . ويكون لصاحب الأرض الحق فى الحصول على نصف الإيجار .

٣٥٩ – أحكام مشتركة للمناجم والمحاجر : تنص المادة ٥٠ من قانون المناجم على أنه « يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون ، وتحدد هذه الشروط فى القانون الصادر بالترخيص » .

وتنص المادة ٣٦ على أن « ترخص مصلحة المناجم والمحاجر ، لأغراض تشغيل المناجم والمحاجر . بإنشاء الطرق العامة ، أو مد خطوط السكك الحديدية أو خطوط الأسلاك الهوائية والكهربائية والتلفونات ، أو بإنشاء المطارات أو خطوط الأنابيب أو المراسى وما يتبعها كأحواض التشوين وغيرها ، وذلك بالاتفاق مع المصالح المختلفة . وما يلزم من الأراضى غير المملوكة للحكومة لهذه الأعمال تنزع ملكيته ، طبقا لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه (قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وللتحسين) . وتعتبر الأراضى اللازمة لهذه الأغراض من الأموال العامة » .

وتنص المادة ٥ على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادة ١١٤٥ من من القانون المدنى (امتياز بائع المنقول) لا يجوز الحجز على الآلات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم والمحاجر ، مادام هذا التخصيص قائما » .

٣٦٠ – القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ : وقد صدر أخيراً القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ، ونشر فى الجريدة الرسمية فى العدد الصادر فى ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٣ . ويقضى فى أهم أحكامه بما يأتى :

م ١ – تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم ، وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء ، الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص

م ٢ – تؤمم الأصول المستخدمة فى الاستغلال ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة

م ٣ – يرخص لوزير الصناعة فى إسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار إليها إلى شركات القطاع العام .

ويتبين من هذه الأحكام أنه فيما يتعلق بالمناجم لم يعد لشركات القطاع الخاص ، مصرية كانت أو أجنبية ، ولا للأفراد المصريين أو الأجانب ، الحق فى الحصول على ترخيص فى البحث أو فى عقد للاستغلال . ولا يجوز لغير شركات القطاع العام الحصول على شىء من ذلك . وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمحاجر فى شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء . أما فى شأن الخامات الأخرى للمحاجر غير الجبس الرمال البيضاء فلا يزال جائزاً منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص . ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون المناجم والمحاجر ، وهى التى تقضى بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة ، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية ، بشروط خاصة ، لا يزال معمولا بها[1] .

المبحث الثانى

امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات

٣٦١ — نص قانونى : تنص المادة ٨٠٤ مدنى على ما يأتى :

« لمالك الشىء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك[2] » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١/٢٨[3] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٥٩ — ويلاحظ أن الواجب صدور قانون فى الأحوال المذكورة فى المادة ٥٠ المشار إليها ، فيعتبر هذا القانون استثناء من أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٢ فى المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ — ص ٢١) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ١١/٢٨ : الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه ، والتصرف فيه بطريقة مطلقة ، ويكون بها للمالك الحق فى جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية ، وفى كافة ما هو تابع له . (ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٧٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٣ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٨ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢ [1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية لا تقتصر فحسب على الشىء ذاته ، بل هى تمتد أيضاً إلى ما يلحق بالشىء وما يتفرع عنه . فتمتد إلى الملحقات (accessoires) والثمار (fruits) والمنتجات (produits) .

٣٦٢ – الملحقات : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تشمل الملكية ، عدا الشىء المملوك نفسه بكامل أجزائه ، ما يتفرع عن الشىء وهو أنواع ثلاثة : (ا) الملحقات (accessoires) ، وهى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشىء ، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص .(ب) ... (ج) ... وهذا كله ما لم يوجد اتفاق مخالف . فقد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشىء تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته . أو يوجد نص فى القانون يقضى بغير ما تقدم كالنص الذى يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك » [2] .

وتوجد نصوص متناثرة فى التقنين المدنى تبين فى أماكن مختلفة ماهو المقصود بالملحقات . نذكر منها النصين الآتيين :

(أولا) نص المادة ١٠٣٦ مدنى المتعلق بالرهن الرسمى ، ويقضى بأن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا . وتشمل بوجه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢ : إن ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار ، وفيما يتحد به عرضا ، سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعيا أو اصطناعيا .(وأحكام القانون اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ – ص ٢١ .

خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ... » .

(ثانيا) نص المادة ٤٣٢ مدنى المتعلق بالبيع ، ويقضى بأن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد سبق أن بينا ، عند الكلام فى البيع[1] ، الفرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالشيء يشتمل على أجزائه . وهذه ليست من الملحقات بل هى الأصل . وأجزاء الدار – التى هى الأصل – تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والحديقة إن وجدت . ونماء الشيء يدخل فى أصله لا فى ملحقاته . فنماء الحيوان أى كبره ما بين البيع والتسليم داخل فى أصله . أما ملحقات الشيء فهى شيء غير الأصل والنماء . لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهى ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ؛ بل هى شيء مستقل عن الأصل غير متولد عنه . ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فإنها لا تعتبر من الملحقات . وكون الشيء يعتبر من ملحقات شيء آخر أو لا يعتبر يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر فى اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر فى عدم اعتبار المشاغل والشطأ من الملحقات . وقد يوجد اتفاق – أو تصرف قانونى كوصية – باعتبار شيء من الملحقات ، فعندئذ يجب اعتباره كذلك .

وكذلك سبق أن أوردنا ، عند الكلام فى البيع[2] ، تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات . فإذا كان الشيء أرضا زراعية ، دخل فى الملحقات حقوق الارتفاق ، والمواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص ، وكذلك المخازن وزرائب المواشى وبيوت الفلاحين . وإذا كان الشيء دارا ، ألحقت بها الأفران المثبتة فى المطابخ والبنوارات المثبتة فى الحمامات

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣٠٢ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٠٣ .

وأجهزة الإضاءة والتسخين وتكييف الهواء وما إلى ذلك . أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد ، فهذه تعتبر أجزاء من الدار لا ملحقات لها[1] . وإذا كان الشيء مصنعا ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان الشيء حيوانا ، دخل فى ملحقاته الصوف الشعر ولو كان مهيأ للجز ، أما نتاج الحيوان فيعد من المنتجات لا من الملحقات . وإذا كان الشيء سيارة ، فإن عجلاتها وأجهزة الإدارة فيها تعتبر من أجزائها فهى أصل ، أما العدد والآلات المعدة لإصلاح السيارة ولتسييرها ، وكذلك الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها . وإذا كان الشيء أسهما وسندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) تعتبر من الثمرات لا من الملحقات ، وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هى فى القليل من منتجاته . وإذا كان الشيء منقولا آخر ، دخل فى ملحقاته الصندوق الذى يحتويه إن وجد ومستند ملكيته .

٣٦٣ — الثمار : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « (ج) الثمرات (fruits) وهى كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة . وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزرع الذى يخرج فى الأرض من تلقاء نفسه ، أو صناعية (industriel) كالمحصول الذى يكون من عمل الطبيعة والإنسان ، أو مدنية (civil) كأجرة الأراضى والمساكن »[2] .

والذى يميز الثمار أمران : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان .

وهى ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أنواع ثلاثة : (١) ثمار طبيعية وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان . ومن الفقهاء من يعتبر نتاج الحيوان ، لا مر

---

(١) انظر فى أجزاء البناء المكملة له آنفا فقرة ١١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١

المنتجات . بل من الثمار الطبيعية[1] . (٢) ثمار صناعية . وهى التى ينتجها عمل الإنسان . كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . (٣) ثمار مدنية . وهى الريع الدورى المتجدد الذى يقبضه المالك من استثماره للشىء ، أى يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشىء إلى هذا الغير ، وذلك كأجر المساكن والأراضى الزراعية[2] . وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام . وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر .

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشىء . إلا إذا نص القانون على غير ذلك . كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية .

٣٦٤ — المنتجات : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « (ب) المنتجات (produits) . وهى كل ما يخرجه الشىء من ثمرات غير متجددة ، كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر»[3] .

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشىء فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى تمس أصل الشىء وتنتقص منه ، فالمعادن التى تخرج من المناجم ، والأحجار التى تخرج من المحاجر ، تنتهى بعد وقت طويل أو قصير إلى أن تنفد . ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثمارا[4] . وتعتبر أقساط الإيراد

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٥ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ – إسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٦٩ – شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ١٠١ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١٥ ص ٢٨٤ – وانظر م ٥٨٣ مدنى فرنسى .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (ديرانتون ٤ فقرة ٥٣٢ – توليه ٣ فقرة ٤٠٠ – ديمولومب ١٠ فقرة ٣٨٦ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ هامش ٢٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

(٤) على أنه إذا أعد الشىء إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد ، فإن ما ينتج من الشىء فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ، ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بجوهر الشىء (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ – پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٧٧٦ – بيدان ٤ فقرة ٣٢٠ كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤) . من —

المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار . لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفذ بموت صاحب الإيراد . وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الإيراد الدائم . فهذه ثمار لا منتجات . لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل . شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . وفى رأينا أن إنتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار . لأنها إذا كانت لا تنتقص من الأصل إلا أنها غير دورية[1] .

والتمييز بين الثمار والمنتجات على النحو الذى بيناه ليست له أهمية عملية بالنسبة إلى مالك الشيء نفسه . فهذا يملك الثمار والمنتجات دون أى تمييز . وإنما تظهر الأهمية العملية للتمييز إذا انتقل الشيء إلى يد غير المالك . ويقع ذلك فى فرضين : (أولا) إذا انتقل الشيء إلى يد حائز . فإن الحائز إذا كان حسن النية يكسب الثمار دون المنتجات . وإذا كان سيئ النية لم يكسب هذه ولا تلك . وتنص المادة ٩٧٨ مدنى فى هذا المعنى على أن « ١ — يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ — والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها . أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما » . ثم تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . (ثانيا) إذا انتقل الشيء إلى يد منتفع (usufruitier) ، فإن المنتفع يكون من حقه ثمار الشيء دون منتجاته . وقد نصت المادة ٩٨٧ مدنى فى هذا المعنى على أن « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه . مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع

= ذلك إعداد الأرض لتقطع ما فى جوفها من أحجار ، أو إعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار ، بصفة دورية . فإذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو الغابة بعد أن أعدت ذلك الإعداد ، كان للمنتفع أن يقتطع الأحجار أو الأشجار بوصفها ثمارا بموجب حقه فى الاستغلال . أما إذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت للقطع قبل نشوء حق الانتفاع ، فإنها تعتبر منتجات ، فيكون قطعها تصرفا لا استغلالا ، فلا يجوز لغير المالك القيام به (إسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٧٠)

(١) قارن رأيا آخر فى أنها من الثمار الطبيعية لا من المنتجات آنفا فقرة ٣٦٣

بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن»(١) .

الفرع الثانى
وسائل حماية حق الملكية

٣٦٥ — دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها إلا بشروط : تتمثل وسائل حماية حق الملكية فى أمرين : (١) تقترن بحق الملكية دعوى تحميه ، وهذه هى دعوى الاستحقاق . (٢) لا يجوز أن يحرم أحد ملكه ولا يجوز نزع ملكيته جبراً عنه إلا بشروط .

المبحث الأول
دعوى الاستحقاق
(L'action en revendication)

٣٦٦ — دعوى الاستحقاق بوجه عام ومسألة الإثبات : نلقى نظرة عامة على دعوى الاستحقاق . ولما كان أبرز مسألة فى هذه الدعوى هى مسألة إثبات الملكية فنفرد هذه المسألة ببحث خاص .

§ ١ — دعوى الاستحقاق بوجه عام

٣٦٧ — محل دعوى الاستحقاق : دعوى الاستحقاق هى التى يكون محلها المطالبة بملكية الشىء ، عقارا كان أو منقولا . فهى إذن الدعوى التى تقوم لحماية الملكية . وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير(٢) .

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٦

(٢) وقد يطالب الشخص بإثبات ملكيته للشىء ، لا فى دعوى الاستحقاق فحسب ، بل فى أحوال أخرى ، كما إذا أصاب الشىء تلف وعند ذلك يكلف من يطلب التعويض بإثبات ملكيته هذا —

وهى لا تطلق إلا على الدعوى العينية التى يطالب فيها بالملك . فهى إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التى يطلب فيها المدعى رد الشىء إليه . فالمؤجر إذا رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة ، والمعير إذا رفع دعوى على المستعير برد الشىء المعار ، والمودع إذا رفع دعوى على المودَع عنده برد الشىء المودع ، والمشترى إذا رفع دعوى على البائع بتسليم الشىء المبيع ، والراهن حيازة إذا رفع دعوى على الدائن المرتهن برد العين المرهونة ، كل هؤلاء لا يرفعون دعاوى استحقاق ، وإنما يرفعون دعاوى شخصية قائمة على التزامات نشأت من عقود الإيجار والعارية والوديعة والبيع ورهن الحيازة . فليسوا إذن فى حاجة إلى إثبات الملكية ، بل كل ما يطلب منهم هو إثبات العقد الذى أنشأ التزاما برد الشىء[1] . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى برد الحيازة لا الملك ، فهذه الدعوى الأخيرة هى دعوى حيازة لا دعوى استحقاق . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عينى آخر غير حق الملكية ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فهذه الدعوى الأخيرة هى دعوى الإقرار ، بحق عينى (action confessoire) ، وإذا رفعها المالك على من يتمسك بحق عينى على ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عينى (action négatoire) وهى فى

= الشىء ، وكما إذا نزعت ملكية عقار للمنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليتقاضى التعويض عنه بإثبات ملكيته له (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٣٠٧) .

(١) كذلك دعوى فسخ البيع واسترداد المبيع ، أو دعوى الرجوع فى الهبة واسترداد الشىء الموهوب ، ليست بدعوى استحقاق ، لأنها دعوى شخصية لا دعوى عينية ، وكل من المشترى والموهوب له يرد الشىء ، بعد فسخ البيع أو الرجوع فى الهبة ، بناء على التزام شخصى فى ذمته هو رد غير المستحق .

وهناك فروق بين دعوى الاستحقاق ودعاوى الاسترداد ، منها : (أ) دعوى الاستحقاق ترفع ضد حائز الشىء ، أما دعاوى الاسترداد فترفع ضد مدين بالذات . (ب) دعوى الاستحقاق لا يكون محلها إلا شيئا ماديا معينا بالذات ، أما دعاوى الاسترداد فيمكن أن يكون لها نقودا أو شيئا غير معين بالذات . (جـ) يطلب فى دعوى الاستحقاق إثبات الملكية ، أما فى دعاوى الاسترداد فيطلب إثبات مصدر الالتزام بالرد . انظر فى ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٦ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩ .

الحالتين ليست بدعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عينى آخر غير الملكية .

فدعوى الاستحقاق إذن هى . كما قدمنا ، الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بالملكية .

٣٦٨ — طرفا الدعوى : المدعى فى دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشىء ، والمدعى عليه يكون عادة هو الحائز لهذا الشىء[1] . وهذا الوضع المألوف يرجع إلى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شىء هو فى حيازته وتحت يده ، وإنما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر ، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبا بالملكية ورد الشىء إليه . وقد كان فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى نص صريح بهذا المعنى يقضى بأن « المالك الشىء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق .. » ، فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] .

ويصح ، فى بعض الأحوال ، أن يكون المدعى هو نفسه الحائز للشىء ، ويرفع دعوى منع التعرض فى الملكية على من يتعرض له فيها . ولكن المألوف فى هذا الفرض ، إذا كانت حيازة المدعى للشىء قد توافرت فيها شرائط الحيازة ، أن يقتصر على التمسك بالحيازة ، فلا يرفع دعوى منع التعرض فى الملكية بل دعوى منع التعرض فى الحيازة . ومع ذلك قد يضطر إلى رفع دعوى منع

---

(١) فإذا كان الحائز للشىء لم يستوف شروط الحيازة ، وبخاصة إذا كان يحوز الشىء بالنيابة عن غيره كالمستأجر والمستعير والمودع عنده والمرتهن رهن حيازة ، جاز له ، كما جاز للمدعى ، أن يدخل الحائز (المؤجر أو المعير أو المودع أو الراهن رهن حيازة) خصما ثالثا فى دعوى الاستحقاق . وللحائز حيازة عارضة عند ذلك أن يطلب إخراجه من الدعوى .

وليس من الضرورى أن يكون الحائز حسن النية ليكون مدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، فالحائز سىء النية يكون أيضاً مدعى عليه وإن كانت الحيازة بسوء نية لا تقوم فى هذه الحالة قرينة على الملكية . ونرى من ذلك أن الحيازة ، حتى تكون قرينة على الملكية ، يجب أن تكون بحسن نية ، ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ليكون الحائز هو المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق . ولكن من الناحية العملية يفرض فى الحائز ، بادئ ذى بدء ، أنه حسن النية ، فإذا أقام المدعى دعوى الاستحقاق وأثبت الملكية ، كان له أن يثبت أيضاً أن الحائز كان فى حيازته سىء النية (انظر مازو فقرة ١٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ — ص ٢٣ .

التعرض فى الملكية إذا لم تكن حيازته قد استوفت شرائطها أو لم تستكمل مدتها طبقاً للقواعد المقررة فى دعاوى الحيازة ، أو انقضت المدة التى يجوز فى خلالها رفع دعوى الحيازة . وقد يلجأ الحائز أيضاً ، وإن كان هذا نادرا ، إلى دعوى منع التعرض فى الملكية مع إمكانه رفع دعوى الحيازة ، إذا رغب أن يتعجل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض له فيها ، إما لأن أدلة الملكية متوافرة تحت يده حالا ويخشى من فقدها أو فقد بعضها فيما إذا اكتفى برفع دعوى الحيازة ، أو لأى سبب آخر يرى معه الخير فى التعجيل ومجابهة دعوى الملكية على الفور [1] . ولكن المألوف كما قدمنا هو غير ذلك ، فدعوى الحيازة ، إذا توافرت شرائطها ومددها ، أيسر بكثير من دعوى الملكية ، فتكون عادة هى المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية . ويكتفى الحائز برفع دعوى منع التعرض فى الحيازة أو دعوى استرداد الحيازة ، حتى إذا استقرت الحيازة فى يده أحرز الشىء وانتفع به انتفاع المالك . وتربص بعد ذلك حتى إذا رأى من ينازعه فى الملكية وقد رفع دعوى الاستحقاق عليه ، كان – وهو الحائز للشىء – المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف بإثبات ملكيته [2] والذى يقع عليه عبء الإثبات هو المدعى [3]

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٣ – ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧٨ – ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٤ – ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ – ١٦ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ – ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ – ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٩ – ٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ – ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ – ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ – ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٥ – وإذا انتزعت الحيازة من الحائز ، ولم يستردها فى الميعاد القانونى ، لم يستطع أن يتمسك بهذه الحيازة السابقة لإعفائه من عبء إثبات الملكية (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥) .

(٣) ويكلف المدعى بإثبات ملكيته هو ، لا بإثبات عدم ملكية المدعى عليه . فإذا عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته ، لم يكن هذا سببا فى الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته . وقد قضت محكمة النقض بأن من الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأطيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها ، فإن الوضع السليم قانونا هو تحقيق ملكية المدعى ، فإن ثبتت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه ، أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقيته فيما طلبه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين –

وما دام المألوف هو أن يكون الحائز لشيء هو المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، فقد يرفع المطالب بالملكية هذه الدعوى على الحائز(١) . فيعمد بعد إعلانه بالدعوى ، إلى التخلى عن الحيازة ، أو يتخلى عنها قبل الإعلان وهو سيئ النية أى يعلم أن الإعلان بالدعوى وشيك الوصول إليه . ويكون غرض الحائز من تخليه عن الحيازة أن يربك المدعى ، وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كمدعى عليه فى هذه الدعوى إذ أنه لا يحوز الشيء المدعى بملكيته . فإذا أثبت المدعى أن المدعى عليه كان يحوز الشيء ، وأنه تخلى عن الحيازة بعد الإعلان أو قبل الإعلان وهو سيئ النية ، حكم القاضى على المدعى عليه بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المدعى بعد أن يثبت هذا ملكيته إياه ، أو أن يوفى قيمته إلى المدعى مع التعويض إن كان له محل . وإذا استطاع المالك بعد ذلك أن يكشف عن الحائز الجديد للشيء المدعى بملكيته ، جاز له أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق . فإذا ما أثبت ملكيته تجاه الحائز

= عاما ٢ ص٩٩٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتثبيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيسا على أن هذه الأرض لا تدخل فى مستندات تمليكه ولا هو تملكها بوضع اليد ، وكان هذا القضاء مقاما على أسباب مؤدية إليه ، فلا يجدى المدعى ما ينعاه على هذا الحكم فى خصوص تحدثه عن ملكية المدعى عليه (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعيين . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطيان المتنازع عليها ، وأنها من ذلك تكون ملكا لهما ، من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطيان قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطيان إلى المدعيين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنهما ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وإخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين – متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً مستوجب النقض (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ – ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ .

(١) حتى لو كان الحائز يحوز لحساب غيره . إذ عليه فى هذه الحالة أن يعلن اسم هذا الغير حتى يدخله المدعى خصما فى الدعوى (بودرى وشوفو فقرة ٢٢٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ ص ٣٥١)

الحديد واسترد الشيء ، كان عليه أن يرد للحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استنزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص فى قيمته ، واستنزال التعويض الذى يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء[1] . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يورد هذه الأحكام ، فكانت المادة ١١٦٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ – يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشيء وكان ذلك بعد إعلانه بالدعوى ، وعلى من تخلى قبل الإعلان إذا كان سيئ النية – ٢ – وعند ذلك يكون المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ملزما أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك ، فإذا لم يستطع فعليه أن يوفيه قيمته مع التعويض إذا كان له محل . ٣ – على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشيء من الحائز الجديد . فإذا ما استرده كان ملزما أن يرد إلى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استنزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص فى قيمته » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] .

---

(١) ومن ذلك أن يمتنع على المالك أن يسترد الثمار من حائز جديد حسن النية (عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ – ص ٢٣ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه دائما فى هذه الدعوى . على أنه قد يتحايل فيتخلى عن الحيازة ، سواء كان ذلك بعد إعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل إعلانه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذى صفة فيها لتخليه عن الحيازة ، بل يبقى مدعى عليه . وفى هذا توسع فى دعوى الاستحقاق ، نقل من المشروع الإيطالى (م ٢/٢١ و ٣ و ٤) . على أن الدعوى فى هذا الفرض تكون أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى الدعوى العينية . فإن المتخلى عن الحيازة يحكم بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك فى ميعاد يحدده الحكم ، وإلا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضا على سبيل التعويض . وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذى أتى به المتخلى عن الحيازة . وقد يتفق أن المالك بعد أن يستوفى التعويض يعرف الحائز ، فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه ، وعليه فى هذه الحالة أن يرد للمتخلى عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استنزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص فى قيمته ، وبعد استنزال التعويض الذى يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء . على أنه لا يوجد ما يمنع المتخلى عن الحيازة ، إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق على الوجه الذى تقدم ، أن يدخل الحائز خصما ثالثا فى الدعوى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ – ص ٢٥) .

٣٦٩ — دعوى الاستحقاق المنقولة — إحالة : فإذا كان الشيء المدعى ملكيته منقولا ، ورفع المدعى دعوى الاستحقاق على حائز المنقول ، فإن الحائز يستطيع دفع هذه الدعوى بالقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فترفض دعوى المدعى حتى لو أثبت ملكيته المنقول ، فإن الحيازة تكون في هذه الحالة قد نقلت الملكية إلى المدعى عليه . والمفروض في ذلك أن يكون الحائز حسن النية وقد تلقى المنقول من غير المدعى . فيكون قد تعامل مع غير المالك، فتنقل الحيازة إليه ملكية المنقول . أما إذا كان الحائز قد تلقى المنقول من المدعى نفسه ، فإن قاعدة الحيازة لا مجال لها هنا . والمدعى لا يرفع في هذا الفرض دعوى الاستحقاق على الحائز ، بل يقتصر على الطعن في السبب الذي تلقى به الحائز المنقول منه ، فيتمسك مثلا بأنه سبب غير ناقل للملكية فهو إيجار أو عارية أو وديعة أو نحو ذلك ، أو يتمسك بأنه سبب ناقل للملكية ولكنه معيب بما يجعله معدوم الأثر[١] .

فدعوى الاستحقاق في المنقول لا ترفع إذن إلا في المنطقة التي تعمل فيها قاعدة الحيازة ، وعندئذ تحسم الحيازة النزاع في الملكية ، فإنها إذا استوفت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية نقلت ملكية المنقول إلى الحائز ، وانحسم النزاع في دعوى الاستحقاق[٢] . فنحيل إذن في دعوى الاستحقاق المنقولة إلى ما سيجيء عند الكلام في قاعدة الحيازة .

---

(١) مازو فقرة ١٦٢٩ وفقرة ١٦٣٢ ص ١٣٠٠ .

(٢) أما إذا لم تستوف قاعدة الحيازة شرائطها ، بأن لم يكن هناك مثلا سبب صحيح أو كان الحائز سيء النية ، فإن الحيازة لا تنقل الملكية إلى المدعى عليه . ويجوز إذن للمدعى في دعوى استحقاق المنقول أن يثبت ملكيته للمنقول ، ولو بحيازة سابقة مقرونة بحسن نية وسبب صحيح ، فيسترد المنقول من الحائز .

وعلى ذلك ترفع دعوى الاستحقاق في المنقول إذا كان الحائز سيء النية ، فعندئذ يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز ما لم يكن هذا الأخير قد تملكه بالتقادم المكسب بمضي خمس عشرة سنة . كذلك يمكن أن ترفع دعوى الاستحقاق المنقول على الحائز حسن النية إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا ، فعندئذ يكون للمالك رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ولا تعتبر مدة ثلاث السنوات مدة تقادم مسقط ، بل هي مدة إسقاط تشل في خلالها قاعدة الحيازة حتى يتسنى للمالك العثور على الشيء الضائع أو الكشف عن الشيء المسروق

ونقتصر هنا على الكلام فى دعوى استحقاق العقار ، وإذا أطلقنا عبارة « دعوى الاستحقاق » قصدنا بها دعوى الاستحقاق العقارية .

٣٧٠ — دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة : تحمى الحيازة دعاوى ثلاث تسمى بدعاوى الحيازة (actions possessoires) ، وهى دعوى استرداد الحيازة إذا فقدها الحائز ، ودعوى منع التعرض إذا بقيت الحيازة للحائز ولكن تعرض له فيها أحد ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة إذا هدد الحائز فى حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضا لهذه الحيازة .

ويقابل دعاوى الحيازة الثلاث هذه دعاوى ملكية (actions pétitoires) ثلاث ، مهمتها حماية الملكية لا الحيازة . فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هى دعوى الاستحقاق ، ويقابل دعوى منع التعرض فى الحيازة دعوى منع التعرض فى الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية .

ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشىء وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشىء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه »[1] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ .

دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولتها . فللمالك أن يسترد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطالب منع تعرض الغير لملكه ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضا . ولكنه فى هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشارا هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى »[1] . هذا وقد حذف نص المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى سالف الذكر فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »[2] .

٣٧١ — عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم — إحالة : ترفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت يرى من يدعى ملكية الشىء رفعها فيه ، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة ، وكانت الحقوق الشخصية تزول هى أيضاً بالتقادم المسقط ، فإن حق الملكية ، دون غيره من الحقوق ، لا يزول بعدم الاستعمال . ومن ثم لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم . ويستوى فى ذلك العقار والمنقول ، فدعوى الاستحقاق فى كل منهما لا تسقط بالتقادم[3] .

ومهما طالت المدة التى يخرج فيها الشىء من حيازة مالكه ، فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال ، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد خمس عشرة سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر . ولكن إذا كان الشىء الذى خرج من حيازته دخل فى حيازة شخص آخر ، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشىء بالتقادم ، فإن المالك الأصلى تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذى ملك بالتقادم . ويرجع ذلك ، لا لأن المالك الأصلى قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ .

(٣) وذلك صحيح فى مصر ، وكذلك فى فرنسا بالرغم من أن المادة ٢٢٦٢ مدنى فرنسى تقضى بأن كل الدعاوى ، عينية كانت أو شخصية ، تسقط بالتقادم بمضى ثلاثين سنة . وذلك راجع إلى أن حق الملكية حق دائم فلا يسقط بالتقادم (انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٦٢٨ ص ١٢٩٧ — وانظر فى سقوط دعوى استحقاق المنقول بالتقادم بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٤) .

دعواه فى الاستحقاق بالتقادم المسقط ، ولكن لأن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب .

وقد فصلنا كل ذلك فيما تقدم عند الكلام فى دوام حق الملكية ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[(١)] .

٣٧٢ – ما يستتبع الحكم بالاستحقاق من حقوق فى الرد : فإذا حكم للمدعى فى دعوى الاستحقاق باستحقاقه للعقار المدعى بملكيته ، فإنه يحكم فى الوقت ذاته على المدعى عليه الحائز للعقار بإلزامه بتسليم العقار إلى المدعى . وقد يكون المدعى عليه هذا قد اشترى العقار من غير مالك ودفع له الثمن ، فلا يرجع بالثمن على المدعى الذى استحق العقار لأن هذا لم يكن طرفا فى عقد البيع ، وليس ملتزما بالضمان[(٢)] . وإنما يرجع المدعى عليه بالثمن وبضمان الاستحقاق على البائع الذى اشترى منه العقار ، وفقاً لما تقضى به القواعد العامة فى ضمان المبيع[(٣)] .

ويفتح الحكم باستحقاق المدعى للعقار أبوابا لرجوع المالك على حائز العقار ، ولرجوع حائز العقار على المالك . فهناك من جهة الثمار والمنتجات وهلاك الشيء أو تلفه ، وقد يستوجب ذلك رجوع المالك على حائز العقار . وهناك من جهة أخرى المصروفات التى قد يكون حائز العقار أنفقها والمنشآت التى قد يكون قد أقامها ، وهذه تستوجب رجوع الحائز على المالك . وقد أورد التقنين المدنى أحكام كل ذلك فى مواضع مختلفة ، أهمها المكان الذى أورد فيه أحكام الحيازة والمكان الذى أورد فيه أحكام الالتصاق ، وسنبحث كل مسألة منها فى المكان الذى خصصه لها التقنين المدنى .

ونكتفى هنا بإيراد بعض النصوص التى عرضت لهذه المسائل . ففيما يتعلق بالثمار تقضى المادة ١/٩٧٨ مدنى بأن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٢٠ .

(٢) وذلك حتى لو كان المدعى عليه قد اشترى العقار فى المزاد العلنى تنفيذا لدين (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩) .

(٣) لكن إذا كان المدعى عليه قد استعمل جزءا من الثمن فى سداد تكاليف عينية كانت تثقل العقار ، فإنه يرجع بذلك على المدعى الذى استفاد من زوال هذه التكاليف (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٣٥٩) .

حسن النية » . وتقضى المادة ٩٧٩ مدنى بأن « يكون الحائز سيئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . أما المنتجات ، وهى غير الثمار الدورية المتجددة ، فهذه يردها الحائز جميعا — هى أو قيمتها — للمالك . وفيما يتعلق بالهلاك أو التلف نصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه « ١ — إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشىء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشىء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ — ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشىء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » . ونصت المادة ٩٨٤ مدنى على أنه « إذا كان الحائز سيئ النية ، فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه » .

وفيما يتعلق بالمصروفات قضت المادة ٩٨٠ مدنى بأنه : « ١ — على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ (الخاصتين بالالتصاق) . ٣ — فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشىء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . وفيما يتعلق بالمنشآت فإنها تصبح ملكا للمالك بحكم الالتصاق ، ويعوض المالك من أقام المنشآت طبقا للقواعد المنصوص عليها فى المواد ٩٢٣ — ٩٣٠ مدنى ، وسيأتى تفصيل أحكامها عند الكلام فى الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية .

٣٧٣ — إثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق : أشق مسألة فى دعوى الاستحقاق هى مسألة إثبات الملكية . ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى[1]

---

(١) فإذا لم يقم المدعى بإثبات ملكيته رفضت دعواه ، وليس على المحكمة أن تبحث فى ملكية المدعى عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه بحسب المحكمة لرفض دعوى الملكية أن تستند فى ذلك إلى عجز المدعى عن إثبات دعواه ، دون أن تكون بحاجة إلى بيان أساس ملكية المدعى عليه . ومن ثم =

كما قدمنا . ووجه المشبه في هذه المسألة هو أن الملكية حق شامل جامع مانع كما سبق القول . وهو نافذ تجاه الناس كافة . ولا يعرف القانون سنداً يثبت الملكية إثباتاً مباشراً حاسماً على هذا النحو . إلا عن طريق السجل العيني (Livre Foncier) . فمجرد تسجيل العقار باسم شخص معين في هذا السجل دليل قاطع على ملكية هذا الشخص العقار بالنسبة إلى الكافة .

وما دام السجل العيني لم يعمم في مصر حتى الآن . فإنه لا يتوافر في الوقت الحاضر هذا الدليل المباشر الحاسم على الملكية . فلابد إذن من الالتجاء إلى طرق غير مباشرة وإلى القرائن في إثبات الملكية . كما هو الأمر في فرنسا التي لم يوجد فيها السجل العيني حتى اليوم . وقد لجأ القضاء . وسار على أثره الفقه ، في فرنسا وفي مصر ، إلى سلسلة من القرائن والاحتمالات ليست هي في ذاتها دليلا مباشراً حاسماً على الملكية . ولكنها على كل حال توحي ، بقدر ما يستطاع في الظروف الخاصة لكل قضية ، بأن الخصم الذي قدم هذه القرائن يغلب أن يكون هو المالك ، أو في القليل يكون قد قدم احتمالات أرجح وقرائن أقوى من الاحتمالات والقرائن التي قدمها خصمه[1] .

وننتقل الآن إلى طرق الإثبات التي أقرها القضاء والفقه في إثبات حق الملكية ، وقد كان للفقيهين المعروفين أوبرى ورو الفضل الأول في دعم هذه الطرق في الفقه وفي توجيه القضاء في تنظيمها وترتيبها بحسب قوتها والمفاضلة فيما بينها[2] .

§ ٢ – طرق إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق(*)

٣٧٤ – طرق إثبات دلالتها يقينية : قدمنا أن إثبات الملكية على وجه

= فإن النعى على خطأ الحكم المطعون فيه فيما استطرد إليه تزيداً في شأن التدليل على ملكية المدعى عليه في دعوى الملكية يكون غير منتج (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٨ ص ٦٨٥) – وانظر آنفا ص ٥٩٤ هامش ٣ .

(١) انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٢ .

(٢) مارتى ورينو فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠

(*) مراجع : E. Lévy في إثبات الملكية العقارية بسند التمليك رسالة من [illegible] سنة ١٨[illegible] – Sandinc في إثبات الملكية العقارية في القانون الفرنسي رسالة من [illegible] سنة ١٩٠[illegible] – Grosser في إثبات الملكية والطرق المتفرعة عنها رسالة من باريس سنة ١٩١٣ – Bentkowski =

حاسم قاطع عن طريق سند تمليك يثبتها بطريق مباشر أمر متعذر . ولبيان ذلك نفرض أن المدعى فى دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سنداً لملكيته ، فذلك لا يكفى ، إذ يجب أن يثبت أيضاً أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت إليه . فإذا هو قدم سند ملكية البائع له . وهو أيضاً عقد شراء صادر له من سلفه ، فذلك لا يكفى ، إذ يجب أن يثبت أن البائع لبائعه كان مالكا وقت أن باع للبائع . ثم إن عقد الشراء الصادر لبائع البائع لا يكفى هو أيضاً ، إذ يجب أن يثبت أن البائع لبائع البائع كان مالكا وقت أن باع . وهكذا تتسلسل سندات التمليك إلى ما لا نهاية ، ويكون الدليل الذى يطالب به المدعى أمراً متعذرا ، بل هو كما يقال دليل شيطانى (probatio diabolica) . ومن ثم يتبين فى وضوح أنه لا يمكن السير فى هذا الطريق .

والذى يمكن الوقوف عنده ، طريقا لإثبات الملكية ذا دلالة يقينية ، طرق ثلاثة :

(الطريق الأول) السجل العينى (Liver Foncier) ، فمهمة هذا السجل أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذا دلالة يقينية قاطعة ، وهو حجة على الكافة ، فمتى سجل عقار فيه باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك ، ما فى ذلك من ريب . ولكن السجل العينى لم يعمم بعد فى مصر ، بل هو لما يبدأ ، فوجب التماس طريق آخر .

(الطريق الثانى) التقادم المكسب الطويل أو القصير : وهذا طريق آخر للإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة فى ثبوت الملكية ، فمتى أثبت المدعى أنه حاز العقار ، هو وسلفه من قبله ، مدة خمس عشرة سنة متواليات دون انقطاع وأن حيازته هذه قد استوفت شرائطها ، فقد تملك العقار بالتقادم وكان هذا دليلا قاطعا على ملكيته ، وهو حجة على الكافة ما فى ذلك من ريب[1] . بل

= فى إثبات الملكية العقارية رسالة من مونپلييه سنة ١٩١٩ – Pauline Mendelssohn فى إثبات الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ .

(١) ويجب التثبت ، حتى يستغنى بالتقادم عن أى سبب آخر ، من أن التقادم قد استوفى شرائطه ومدته . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع فى الدعوى أن محكمة الموضوع أسست قضاءها برفض دعوى الطاعن بطلب تثبيت ملكيته للعين موضوع النزاع على ثبوت حيازة المطعون عليه لها دون انقطاع مدة تزيد على ١٥ سنة وأن هذه الحيازة ثبتت له خاصة منذ شرائه لتلك العين =

يستطيع المدعى ، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح ، أن يتملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متواليات ، ويكون التقادم القصير فى هذه الحالة دليلا قاطعا على الملكية . ولكن التقادم المكسب ، طويلا كان أو قصيراً ، غير متيسر فى أكثر الأحيان ، فمدة الخمس العشرة سنة مدة طويلة ، ومدة الخمس السنوات يجب أن يصحبها السبب الصحيح وحسن النية ، والمدتان قد يقف سريانهما أو ينقطع لأسباب مختلفة ، وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف ، بل لا يحسب فى حالة الانقطاع ما سرى من المدة أصلا ويجب ابتداء مدة جديدة .

(الطريق الثالث) الحيازة إذا استوفت شرائطها ، وبوجه خاص إذا لم تقترن بإكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس[1] . فعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية على الملكية ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فهى دليل على الملكية إلى أن يقوم الدليل على العكس . وهناك نص صريح فى هذا المعنى : فقد نصت المادة ٩٦٤ مدنى على أن « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس »[2] . والحيازة على كل حال طريق لإثبات الملكية ذو دلالة يقينية ،

= فى سنة ١٩٢٩ وثبتت أيضاً للبائعة له من سنة ١٩٢٣ . وقد استغنت محكمة الموضوع بثبوت الحيازة للمطعون عليهما الأول والثانية على النحو المتقدم ، وبضم مدة وضع يدها إلى مدة وضع يده ، عن بحث ما يدعيه الطاعن من ملكيته للعين المتنازع فيها بموجب عقوده المسجلة ، بما يؤدى منه أن هذا البحث غير مجد مادام أن العقود المقدمة من كلا الطرفين ترجع ملكية العين إلى أصلين مختلفين . كما استغنت عن بحث ما ادعاه الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها ، بمقولة إن هذا البحث أيضاً غير مجد لتعلق النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . فإن هذا النظر ، الذى تأسس عليه قضاء الحكم المطعون فيه ، يكون مشوبا بالقصور . ذلك أن التفات الحكم المطعون فيه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها كان من نتيجته عدم الاعتداد بما تقدم به الطاعن من مستندات للدليل على ملكيته ، كما كان من نتيجته القول بتوافر مدة التقادم مع ما هو واضح من ذات الحكم المطعون فيه من أن هذه المدة لا تكون مكتملة إذا ما تبين أن المطعون عليها لم تكن ذات وجود فعلى ، إذ يمتنع فى هذه الحالة إسناد أية حيازة لها (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٥٨) .

(١) وحتى لو كانت الحيازة معيبة ، فإن الحائز يبقى مدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، وعلى المدعى أن يثبت ملكيته فى حالتى الحيازة الصحيحة والحيازة المعيبة ، فلا فرق إذن فى هذه الناحية بين الحيازتين (مازو فقرة ١٦٣٥) .

(٢) وقد جعل التقنين المدنى الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونية ، فنصت المادة ٩٦٣ مدنى على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة موقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » .

إذ هي تفرض في الحائز أنه المالك ، وتنقل عبء إثبات الملكية من عاتقه إلى عاتق خصمه ، لولا أنها دليل غير قاطع ، فيجوز للخصم غير الحائز أن يقيم الدليل على أنه ، دون الحائز ، هو المالك[1] .

٣٧٥ — طرق إثبات دلالتها ظنية : ويوجد إلى جانب طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية التي قدمناها طرق إثبات ذات دلالة ظنية ، فهي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) ، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقيني .

وأول هذه الطرق هو سند التمليك (titre) . ويقصد بسند التمليك سند صادر للخصم يفيد ثبوت الملك له ، دون اعتبار لما إذا كان هذا قد صدر من مالك أو من غير مالك . ولذلك تكون دلالة السند ظنية ، ويؤخذ على أنه مجرد قرينة قضائية تفيد احتمالا راجحاً ، ويترك ذلك لتقدير القاضي . ولما كان السند مجرد قرينة قضائية ، فلا يشترط فيه أن يكون مسجلا ، أو أن يكون ناقلا للملكية بل يصح أن يكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها . فيستطيع الخصم إذن ، كما يتمسك بعقد بيع أو هبة قرينة على ملكيته[2] ، أن يتمسك أيضاً بعقد صلح أو قسمة أو حكم قضائي وكل ذلك كاشف عن الملكية لا ناقل لها[3] . وإذا تمسك بحكم قضائي ، فليس من الضروري أن تراعى فيه شروط حجية الأمر المقضي ، فقد يتمسك بالحكم على خصمه دون أن يكون هذا طرفا في الدعوى التي صدر فيها الحكم . وإذا تمسك بعقد ، فليس من الضروري أن يكون الخصم طرفا في هذا العقد . وذلك لأن كلا من الحكم والعقد لا يعتد

---

(١) نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ١٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ – ١ – ٤١٢ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ – ١ – ٥ – ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ – ١ – ٦٢ – ٣ يناير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤٤١ . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣١٦ – وإذا قدم أحد الخصمين سندا ، جاز للقاضي أن يستخلص من هذا السند قرينة لصالح الخصم الآخر (نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٤٧٣ – ٣١ مارس سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ – ١ – ٤١٨ – ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ – ١ – ٦٢)

به هنا إلا على أنه مجرد قرينة قضائية لا تفيد إلا مجرد احتمال . ويجوز دحض دلالته الظنية بقرينة أخرى أقوى منه[١] .

ويأتى بعد سند التمليك قرائن أخرى قضائية أقل قوة من سند التمليك . وأهم هذه القرائن المكلفة ، فمن كلف العقار باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هو المالك[٢] ، إلى أن تدحض هذه القرينة بقرينة أقوى منها . كذلك يعتبر دفع الأموال (ضرائب الأراضى الزراعية) والعوايد (ضرائب المبانى) قرينة قضائية على أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك ، ولكنها قرينة يجوز دحضها هى الأخرى بقرينة أقوى منها . وقد تكون حدود العقار وعلامات هذه الحدود القائمة ، أو خريطة فك الزمام[٣] ، أو غير

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ - ١ - ٤١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ - ١ - ٥ - ٨ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ - ١ - ٣٣٦ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ - ١ - ٢٤٠ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٩ - ٥ مارس سنة ١٩١٣ سيريه ١٩١٣ - ١ - ١٩١ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٦ - ١ - ١٣ . ويعتبر الحكم أو العقد هنا واقعة مادية (fait matériel) ، تستخلص منه القرينة القضائية دون مراعاة لشروط حجية الأمر المقضى أو حجية العقد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢) .

ولا يجوز أن يكون السند الذى يتمسك به الخصم صادرا منه هو ، فإنه لا يجوز لشخص أن يصنع بنفسه دليلا لنفسه ، فلا يجوز لبلدية أن تتمسك بخط التنظيم الذى أصدرته هى للتدليل على ملكيتها لعقار معين (إكس ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ - ٢ - ٤٨٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ٣١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٧٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بألا حجية لخرائط المساحة فى بيان الملكية ، وإنما تعبر فقط عن الواقع المادى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) - والمكلفة وحدها لا تكفى دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٨ - ٧ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧ - ٤ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ - ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١) ، ولا الورد المستخلص من المكلفة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨ - ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٤ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤) . والإعلام الشرعى دليل على أنصبة الورثة ، ولكنه ليس دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٧ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧) . ولا تكفى الشهرة العامة دليلا على الملكية (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٣) .

ذلك ، قرائن قضائية على الملكية ، ولكنها كلها بطبيعة الحال يجوز دحضها بقرائن أقوى منها . كذلك يعتبر قرينة قضائية تسجيل سند التمليك[1] ، وسندات الشركاء على الشيوع[2] . وتعتبر الحيازة إذا كانت غير مستوفية لشرائطها هي أيضاً قرينة قضائية تدحض بقرينة أقوى ، فتنقلب من قرينة قانونية فيما إذا استوفت شرائطها إلى محض قرينة قضائية فيما إذا لم تستوف هذه الشرائط[3].

٣٧٦ — تعارض طرق الإثبات : فإذا قدم كل من الخصمين في دعوى الاستحقاق طرق إثباته ، فتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقان قاطعا الدلالة في الملكية ، هما كما قدمنا السجل العيني والتقادم المكسب . فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع عليه ، كان هو المالك . ووجب الحكم له بالملك إذا كان هو المدعى ، أو وجب رفض دعوى الاستحقاق إذا كان هو المدعى عليه فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقادم الطويل أو القصير ، كان هو المالك ، ووجب الحكم له بالملكية أو رفض دعوى الاستحقاق بحسب الأحوال .

فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقادم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق هو الحائز للعقار . فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك ، ويلقي على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة[4]. فإذا لم يقدم المدعى قرينة أخرى تدحض قرينة الحيازة ، رفضت دعواه ، وبقي الحائز على حيازته . أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة ، من سند تمليك أو مكلفة أو دفع الضرائب أو غير ذلك ، وقدر القاضي أن القرينة التي قدمها المدعى تدحض قرينة الحيازة ، حكم للمدعى بالملكية ، ونزع العقار من يد الحائز وسلم للمدعى . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر

---

(١) مازو فقرة ١٦٤٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٢ .

(٣) انظر كاربونييه ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ .

(٤) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ — ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٠ .

تقديرها إلى القاضي ، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فيرفض دعوى الاستحقاق ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعي هي الأقوى فيقضي له بالملكية[١] . وقد كان يحسن الوقوف عند هذا الحد ، إلا أن القضاء الفرنسي سارشوطا أبعد ، فوضع قواعد مستقرة في هذا الصدد ، هي وإن كانت تتفق في أكثرها مع منطق حق الملكية إلا أن بعضا منها تنقصه المرونة الكافية التي يواجه بها الظروف المختلفة .

ويلاحظ في شأن هذه القواعد ما يأتي : (١) أنها قائمة على أساس تحويل الإثبات ، فهي أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن تستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا كما قدمنا ضرب من تحويل الإثبات (déplacement de prauve) من محل إلى آخر[٢] ، أي نقل للإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر . فالواقعة المراد إثباتها أي سبب كسب الملكية وهو المحل الأصلي ، يزحزح القضاء عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها ، فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى اعتبر القضاء واقعة سبب كسب الملكية ثابتة[٣] . (٢) لم يعرض التشريع – لا التقنين المدني الفرنسي ولا التقنين المدني المصري – لشيء من هذه القواعد . وخيراً فعل . ذلك أنه إذا كان يعاب شيء على هذه القواعد ، فهو كما قدمنا فقدها المرونة الكافية في بعض الحالات . فخير إذن أن تبقى قواعد قضائية يكون التحول عنها حين تضيق بالظروف الخاصة للأقضية المختلفة أيسر

---

(١) وقد أراد بعض الفقهاء أن يستخلص من ذلك أن الملكية حق نسبي ، فيكون الشخص مالكا بالنسبة إلى شخص معين ، وغير مالك بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين (Em. Lévy في إثبات الملكية العقارية عن طريق السند رسالة من باريس سنة ١٨٩٦) . ولكن ذلك لا يستخلص من القضاء الفرنسي ، وكل ما لجأ إليه هذا القضاء هو تحويل محل الإثبات (déplacement de l'object de preuve) وهذا أمر مألوف في نطاق قواعد الإثبات (انظر بارتان في أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢ص ٣٥٩ – ص ٣٩٠) .

(٢) انظر الوسيط ٢ فقرة ١٧٣ ص ٣٢٩ .

(٣) انظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٦٠ – ص ٣٦١

مما لو كانت قواعد تشريعية[١] على أن التقنين المدنى المصرى أورد المبادئ الأساسية لهذه القواعد . ولكن لا فى إثبات الملكية ، بل فى إثبات الحيازة وهى أهون شأنا وأيسر خطبا من الملكية[٢] . (٣) إن هذه القواعد القضائية ليست هى عين قواعد الدعوى البيليسية (action publicienne) المعروفة فى القانون الرومانى ، وهى الدعوى التى كان البريطور يعطيها بديلا من دعوى الاستحقاق (revendication) [٣] .

وتعنى هذه القواعد القضائية عناية خاصة بسند التمليك (titre) الذى سبق لنا أن عرفناه[٤] ، إذ هى تميز بين صور ثلاث : (الصورة الأولى) يوجد سند تمليك عند كل من الخصمين . (الصورة الثانية) لا يوجد سند تمليك عند أى من الخصمين . (الصورة الثالثة) يوجد سند تمليك عند أحد الخصمين دون الآخر .

٣٧٧ — الصورة الأولى — يوجد سند تمليك عند كل من الخصمين :

فى هذه الصورة الأولى يجب التمييز بين فرضين :

---

(١) ومع ذلك قارن الأستاذ محمد على عرفة وهو يقول : « ومن المؤسف حقاً أن يغفل المشرع وضع نظام خاص لإثبات الحقوق العينية على غرار ما فعله بالنسبة إلى الحقوق الشخصية ، وإلا يتدارك المشرع هذا النقص فى التقنين المدنى الجديد » (محمد على عرفة فقرة ٢٧٩) .

(٢) فقد نصت المادة ٩٥٩ مدنى ، فى خصوص دعوى استرداد الحيازة والمفاضلة بين حيازتى الخصمين . على ما يأتى : « ١ – إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل . والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ . ٢ – أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

(٣) وبالرغم من وجود بعض وجوه الشبه ، إلا أن القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى تختلف عن الدعوى البيليسية فى أن هذه القواعد لا تشترط وجود سند فى يد الخصم فالحيازة تكفى ، ولا تشترط فى السند أن يكون ناقلا للملكية فيجوز أن يكون كاشفا عن الملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٩ – وانظر أيضاً أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ١ – بودرى وشوفو فقرة ٢٣٨ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٣١٠) . انظر مع ذلك فيمن يقول إن القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى استمدها من الدعوى البيليسية : ديرانتون ٤ فقرة ٢٧٣ وما بعدها و١٦ فقرة ٢١ – ترولون فى التقادم ١ فقرة ٢٣٠ وفى البيع ١ فقرة ٢٣٥ – ديمولومب ٩ فقرة ٤٨١ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٧٥ .

(الفرض الأول) أن يكون سندا تملك الخصمين صادرين من شخص واحد . فيتمسك المدعى مثلا بسند بيع صادر من شخص معين ، ويتمسك المدعى عليه (الحائز) بسند بيع آخر صادر من نفس هذا الشخص . فى هذا الفرض تكون العبرة بالأسبقية فى التسجيل . فإذا كان السندان مسجلين فأسبقهما تسجيلا هو الذى يعتد به ويقضى لصالح صاحبه ، وإن كان أحدهما دون الآخر هو المسجل فصاحب السند المسجل هو الذى يقضى لصالحه . أما إذا كان كلا السندين غير مسجل . فأسبقهما فى التاريخ هو الذى يعتد به ويقضى لصالح صاحبه[1].

(الفرض الثانى) أن يكون السندان صادرين من شخصين مختلفين ، فيتمسك المدعى مثلا بسند بيع صادر له من (أ) ، فى حين أن المدعى عليه (الحائز) يتمسك بسند بيع صادر له من (ب) . ويذهب القضاء الفرنسى فى هذا الفرض إلى التمييز بين حالتين :(الحالة الأولى) أن تكون حيازة المدعى عليه غير محققة ، بأن كانت غير واضحة وضوحا كافيا (non suffisamment caractérisée) أو كانت معيبة كأن تكون غامضة . فى هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجح المدعى عن طريق الحيازة ، ولا يبقى إلا المفاضلة بين سندى الخصمين . فالسند الذى تراه المحكمة أقوى دلالة فى الإثبات تقضى لصالح صاحبه . ولا تفضل المحكمة حتما السند الأسبق فى التاريخ (le titre le plus ancien) . ولكن الأسبقية فى التاريخ يعتد بها عاملا من عوامل التفضيل إلى جانب العوامل الأخرى[2] .(الحالة الثانية) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة محققة مستوفية لشرائطها . وتقضى المحكمة فى هذه الحالة لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق ، لأن كلا

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٤٩ - مازو فقرة ١٦٤٢ - ويلاحظ أنه لو كان السندان الصادران من شخص واحد هما وصيتان ، فإن صاحب الوصية اللاحقة يفضل على صاحب الوصية السابقة ، لأن الوصية اللاحقة تنسخ الوصية السابقة (محمد على عرفة فقرة ١٨٣ ص ٢٣٢)

(٢) نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ - ١ - ٤٩ - أول يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ - ١ - ٥٨ - بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦ - وقرب استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٨

من الخصمين قدم سندا يعادل السند الذى قدمه الخصم الآخر ، فيتهاتر السندان ، ويبقى المدعى عليه راجحا بحيازته المحققة . ويستوى فى ذلك أن يكون سند المدعى عليه سابقا فى التاريخ على سند المدعى أو متأخراً عنه ، كما يستوى أن تكون حيازة المدعى عليه سابقة فى التاريخ على سند المدعى أو متأخرة عنه(١). على أن لهذه القاعدة استثناء واحدا ، هو أن يثبت المدعى أن سلفه الذى تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذى تلقى منه الحائز سنده لو أن دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فعندئذ يكون سلف المدعى ملكيته راجحة على ملكية سلف الحائز . وقد تلقى المدعى هذه الملكية الراجحة بموجب سنده ، فيقضى له باستحقاق العقار(٢).

٣٧٨ — الصورة الثانية — لا يوجد سند تمليك عند أى من الخصمين :

وهنا أيضاً يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى ، فيقضى لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق(٣) . وقد يكون الحائز هو المدعى ، وقد رفع دعوى الاستحقاق على المتعرض له فى الملكية كما يقع ذلك فى بعض الأحيان(٤) . فإذا كانت حيازته حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، قامت كذلك قرينة على الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى عليه ، فيقضى لصالح المدعى باستحقاق العقار(٥) .

---

(١) نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ – ١ – ٣٦ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣١٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣١ – ص ٥٣٢ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ .

(٢) نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ – ١ – ١١٩ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٦ – ١ – ١٧٥ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٢ وهامش ١٠ – بودرى وشوفو فقرة ٢٥٠ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١١ ص ١٠٨٨ .

(٣) نقض فرنسى ١٠ يناير سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٧٤ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ – ١ – ١٥٠ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ – ١ – ١٩٦ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ – ١ – ٢٤٦ – ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٥٢٤ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٦٨ .

(٥) نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ – ١ – ٤٤٧ – ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ – ١ – ٣٦ .

(الفرض الثانى) أن تكون حيازة المدعى عليه (أو حيازة المدعى) حيازة غير مستوفية لشرائطها . فلا تكون الحيازة فى هذا الفرض قرينة على الملكية . ومن ثم يفاضل القاضى بين القرائن التى يقدمها كل من الخصمين[١] . فإذا قدم كل منهما قرينة الحيازة غير المستوفية لشرائطها . بأن حاز كل منهما العقار على التوالى ، فاضل القاضى بين الحيازتين واختار الحيازة الأفضل وقضى لصاحبها . فرفض دعوى الاستحقاق أو قضى بالملكية للمدعى بحسب الأحوال[٢] . وقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية للشرائط . ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى كالقيد فى سجل المكلفة (cadastre)[٣] أو دفع الضرائب عن العقار المتنازع فيه[٤] أو وجود حد ظاهر المعالم للعقار المتنازع فيه[٥] . أو غير ذلك من القرائن[٦] . بل قد يقدم أحد الخصمين الحيازة وبعض هذه القرائن ويقدم الخصم الآخر الحيازة أيضاً بدون أو مع هذه القرائن كلها أو بعضها . فى جميع هذه الأحوال يفاضل القاضى دائماً بين قرائن المدعى وقرائن المدعى عليه . ويقدر أى القرائن أرجح من الأخرى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المفاضلة بين سندات الملكية التى يعتمد عليها أحد طرفى النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر والتى صدرت لإثبات تصرفات قانونية هى من المسائل القانونية التى يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها . فإذا كان الحكم قد أغفل التعرض لبحث هذه المستندات والمفاضلة بينها . فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب . ولا يغنى عن ذلك اعتماد المحكمة فى هذا الخصوص على ما ورد بتقرير الخبير المنتدب لإثبات الواقع فى الدعوى وتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٤) . أما المفاضلة ذاتها وتقدير أى السندات هى الأفضل ، فهذه مسألة موضوعية لا رقابة عليها لمحكمة النقض كما سيأتى .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ (تقديم الحيازة الأسبق والأكثر وضوحا : **possession plus ancienne et mieux caractérisée**) .

(٣) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٨ – ١ – ٣٩ ؛ – ٩ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١ – ٣٩٧ – ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ٢٤٧ – ٢٥ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١١٩ .

(٤) أورليان ٧ فبراير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٨ – ٢ – ١١ .

(٥) نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ١٢ ؛ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ – ١ – ١٧٩ .

(٦) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩١ – ١ – ٥٩ ؛ – ٢٥ يونيه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٢١٤ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٥٦٨ .

فيحكم لصاحب القرائن الأرجح[1] . وتقديره هذا تقدير موضوعي لا رقابة لمحكمة النقض عليه[2] .

وجملة القول فى هذه الصورة الثانية أن صاحب الحيازة القانونية المستوفية لشرائطها ، أو فى التقليل صاحب الحيازة الأفضل إذا لم تكن الحيازة مستوفية لشرائطها أو صاحب القرائن الأرجح ، هو الذى يقضى لصالحه[3] .

٣٧٩ – الصورة الثالثة – يوجد سند تمليك عند أحد الخصمين

دون الآخر : فإذا كان من عنده سند التمليك هو المدعى عليه الحائز للعقار ، قضى لصالحه ورفضت دعوى الاستحقاق ، لأن المدعى عليه يكون قد جمع فى هذه الحالة بين الحيازة وسند التمليك . أما إذا كان من عنده سند التمليك هو المدعى ، فإنه يقضى لصالحه بالملكية[4] ، بشرط أن يكون سند تمليكه سابقا على حيازة المدعى عليه[5] . فإن لم يكن سند تمليك المدعى سابقا وكانت

---

(١) نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٢٥١ – ٧ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ – ١ – ٢١٦ – ١٨ أغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ٣٦٩ – ٢٤ يناير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٤ – ١ – ٣١٤ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٥١٢ – ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ – ١ – ٢١٢ – ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ٢٦٦ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ – ١ – ١١٩ – ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ١٤٠ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٨٦٩ سيريه ٧٠ – ١ – ٣٢ – ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٨ – ١ – ٤٣٩ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٥٦٨ – مارتى ورينو فقرة ٢٢٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ – ١ – ٢٢٤ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ – ١ – ٣٥٣ – ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ – ١ – ٣٦٨ – ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٨٩٨ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ – ١ – ١٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ .

(٥) وذلك لأنه توجد قرينة ، مادام سند التمليك سابقا على الحيازة ، أن الحيازة وقت صدور سند التمليك كانت عند من صدر منه هذا السند ، ثم اغتصبت منه (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٣٢٢٢) .

حيازة المدعى عليه هي السابقة . فاضل القاضي بين الخصمين تبعا لظروف كل قضية(١) .

٣٨٠ — نظرة تقديرية للقضاء الفرنسي : يمكن الأخذ بكثير من القواعد التي قررها القضاء الفرنسي في إثبات حق الملكية . فهذه القواعد تستجيب في مجموعها لطبائع الأشياء . وتوفق ما بين تعذر الإثبات المطلق لحق الملكية إذا لم يوجد نظام للسجل العيني وبين ضرورة إيجاد طرق للإثبات تقرب من الواقع بقدر المستطاع .

على أن القضاء الفرنسي في القواعد التي قررها سار شوطا بعيداً في التحديد والترتيب والتمييز الدقيق ما بين حالة وأخرى ففقد في بعض هذه القواعد المرونة الكافية لمواجهة الحالات المختلفة بالظروف الخاصة لكل حالة منها . من ذلك مثلا القاعدة التي تقضي بأنه إذا وجد سند تمليك عند كل من الخصمين فإن السندين يتهاتران . فهذه القاعدة قد تكون سليمة في أكثر الأحوال . ولكنها على إطلاقها قد لا تكون سليمة في بعض الأحوال . وقد كان القضاء الفرنسي فعلا ، قبل أن ينتهي إلى هذه القاعدة . يقرر أن السند الأسبق في التاريخ هو الذي يرجح . ثم عدل عن ذلك إلى القاعدة التي نحن بصددها . وكان الأولى ترك القاضي حراً في تقدير أي السندين يرجح ، تبعا لما يستخلصه من ظروف كل قضية . ومن ذلك أيضاً الاستثناء الذي يقضي بأنه عند وجود سند عند كل من الخصمين . يجب تفضيل المدعي إذا هو أثبت أن سلفه الذي تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذي تلقى منه الحائز سنده لو أن

---

(١) نقض فرنسي ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٤١٢ — ٨ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ١ — ٣٣٦ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٣٨ — ١٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٨ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٩ — ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٢٥ — ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٩٨ — مازو فقرة ١٦٤٣ — قارن بارتان في أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٧ (سادسا) — مارتي ورينو فقرة ٢٢٤ .

هذا وإذا قدم المدعي . في أية صورة من الصور الثلاث المتقدم ذكرها . قرائن أقوى ، كان للمدعى عليه أن يدفع دعوى الاستحقاق بالدفوع السالفة ، الدفع بالتملك بالتقادم أو الدفع بضمان الاستحقاق أو الدفع بقوة الأمر المقضي (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٦ — ص ٥٣٧ — وانظر أيضاً محمد علي عرفة فقرة ١٨٦)

دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فهذا أيضاً استثناء يقوم على محض افتراض ، إذ كيف نعرف أن سلف المدعى كان يفوز على سلف الحائز إذا لم تقم بينهما دعوى استحقاق بالفعل . وكيف تضحى الحيازة القائمة فعلا وهى أمر محقق بمجرد افتراض يتعذر فيه الوقوف عند حقيقة ثابتة ![1] كذلك القاعدة التى تقضى بأنه إذا وجد سند عند المدعى وحده . وكان سنده سابقا على حيازة المدعى عليه . فإن المدعى هو الذى يفضل . فهى قاعدة لا تنطوى على مرونة كافية تجعلها قاعدة عادلة فى جميع الأحوال[2] .

والأولى، فى إثبات حق الملكية، أن نقف فى بادئ الأمر عند الحيازة. فإذا استوفت هذه الحيازة شرائطها القانونية كان الحائز هو المالك ، ما لم يدحض خصمه قرينة الحيازة بقرينة أقوى . ويترك ذلك لتقدير القاضى. فإذا لم تتوافر الحيازة المستوفية لشرائطها لأى من الخصمين ، جاز التمسك بالحيازة الفعلية ، على أن تكون محض قرينة قضائية تدحضها قرائن قضائية أقوى منها . فالواجب إذن الوقوف عند الحيازة ، إلا أن ترجحها حيازة أفضل أو تدحضها قرائن قضائية أقوى . وعند تعارض القرائن ، يترك الأمر لتقدير القاضى فى ترجيح قرينة على أخرى بحسب ظروف كل قضية[3] .

المبحث الثانى

عدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط

٣٨١ – نص قانونى : تنص المادة ٨٠٥ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ – ص ٣٥٧ .

(٢) انظر كاربونييه ص ٢٣٢ .

(٣) انظر مازو فقرة ١٦٤٥ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٦١ – وكان أوبرى ورو يقدمان صاحب الحق الأفضل أو الأرجح (droit meilleur ou plus probable) (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦) ، والأولى أن يقال بتقديم صاحب الاحتمالات الأرجح (meilleures probabilités) .

وبالطريقة التي يرسمها . ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل »[١] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن الدستور المصري الذي كان ساريا في عهد هذا التقنين كان ينص في المادة ٩ منه على أن « للملكية حرمة . فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون . وبالكيفية المنصوص عليها فيه . وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلا » .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٢٢ – وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٤ – وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٥٠ – ولا مقابل للنص في قانون الملكية العقارية اللبناني[٢] .

ويخلص من النص سالف الذكر أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء ، والمقصود بالاعتداء هنا هو الاعتداء الذي يصدر من جهة الإدارة أو من جهة الأفراد . ولكن لما كان الاعتداء الذي يصدر من جهة الأفراد مكفولا رده ، في أكثر الأحيان . بدعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية وقد سبق الكلام فيها تفصيلا . لذلك نقصر كلامنا على الاعتداء الصادر من جهة الإدارة[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . فيما عدا أن العبارة الأخيرة من نص المشروع التمهيدي كانت على الوجه الآتي : « أو يكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٨٧٣ في المشروع النهائي . وحذفت اللجنة التشريعية بمجلس النواب عبارة « يدفع إليه مقدما » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٨٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ – ص ٢٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٠ (موافق – وقد وردت في التقنين العراقي عبارة « يدفع إليه مقدماً ») .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة)

(٣) على أنه يلاحظ أن النص ينطبق أيضاً في العلاقات الفردية ، فلا يجوز لفرد أن يحرم المالك ملكه إلا بعد استيفاء الشروط الواردة في النص . كما هو الأمر في حق الشرب (م ٨٠٨ مدني) ، وفي حق المجرى والمسيل (م ٨٠٩ مدني) . وفي حق المرور (م ٨١٢ مدني) . وفي هذه الحقوق تقيد الملكية لصالح الغير . وفي هذا ضرب من الانتقاص من حق الملكية يتحمله المالك في مقابل تعويض عادل (قارن محمد علي عرفة فقرة ١٧١ ص ٢١٧ هامش ٣) .

ويتبين من النص أن هناك شروطا ثلاثة يجب توافرها حتى يجوز قانونا أن ينزع من المالك ملكه : (١) أن يكون هناك نص فى القانون يجيز نزع الملك ، فلا يكفى أن يصدر بجواز نزع الملك قرار إدارى مهما عات مرتبته ، بل لابد من تدخل المشرع نفسه . (٢) ويجب أن تتبع فى نزع الملك الإجراءات التى رسمها القانون لذلك . فالانحراف عن هذه الإجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطلا . (٣) ويجب أن يعوض المالك عن ملكه تعويضاً عادلا ، يستولى عليه مقدما فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة[1] .

فليس لجهة الإدارة إذن أن تمس حق الملكية . وبخاصة لا يجوز لها أن تنزع الملكية للمنفعة العامة . إلا بعد استيفاء الشروط سالفة الذكر . ونتكلم هنا فى مسألتين : (١) مساس الإدارة بحق الملكية (٢) نزع الملكية للمنفعة العامة .

§ ١ – مساس الإدارة بحق الملكية

٣٨٢ – أعمال الإدارة الماسة بحق الملكية : لا يجوز للإدارة أن تعتدى على حق الملكية . لا عن طريق عمل مادى أو عن طريق أمر إدارى . ولا يجوز لها أن تصادر الملك مصادرة عامة . ولا أن تصادر ملكا معينا بالذات إلا إذا كان ذلك بناء على حكم قضائى كما هو الأمر فى التهريب (contrebande) وفى التزييف (contrefaçon) وفى الأدوات التى تستعمل فى ارتكاب الجرائم .

فالأصل إذن هو تحريم اعتداء الإدارة على الملك الخاص . ويجوز مع

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وأول وسيلة لحماية المالك هو ألا تنزع منه ملكيته بغير رضاه إلا فى الأحوال التى قررها القانون وبالطريقة التى رسمها ، وفى مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما . فهناك إذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه : (أ) لا يحرم المالك من ملكه إلا فى حالة نص عليها القانون . كما هو الأمر فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، وكما هو الأمر أيضاً فى حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وسيأتى ذكرها . (ب) وبالطريقة التى رسمها القانون . أى بعد اتباع الإجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة ، مثل ذلك إجراءات نزع الملكية . (جـ) وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه . ويرسم القانون إجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما إذا اختلف فى تقديره مع نازع الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ – ص ٢٤)

ذلك بموجب القانون وطبقا لإجراءات معينة وفى مقابل تعويض عادل . أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء على الملك استيلاء موقتا . وأن تضعه تحت الحراسة . وأن تؤممه فينتقل من القطاع الخاص إلى القطاع العام . وأن تنزع الملك جبراً على صاحبه للمنفعة العامة[1] . ولما كنا سنفرد نزع الملكية للمنفعة العامة ببحث خاص لأهميته . فنستعرض هنا فى إيجاز الحالات الأخرى .

ويلاحظ بوجه عام أن جميع هذه الحالات . ويدخل فى ذلك نزع الملكية للمنفعة العامة . هى من مباحث القانون الإدارى . ولا يعنينا منها إلا القدر الذى يكون فيه مساس بحق الملكية . لذلك سيكون الكلام فى ذلك موجزاً ، ومقتصراً على هذه الناحية .

٣٨٣ — اعتداء الإدارة على حق الملكية عن طريق أعمال مادية أو عن طريق أوامر إدارية : إذا اعتدت جهة الإدارة على ملك أحد الأفراد ، ولم تتقيد بالشروط سالفة الذكر ، فلم يوجد نص فى القانون يستند إليه عمل الإدارة . أو وجد ولم تتبع الإدارة الإجراءات التى رسمها القانون ، أو اتبعت هذه الإجراءات ولكن دون أن تدفع للمالك تعويضاً عادلا . فإن عملها هذا يكون غير مشروع . ويكون اعتداء على حق الملكية يرده القضاء . ويقضى للمالك بتعويض عنه . بل ويرد الملك إلى صاحبه مادام لم يزل عنه بطريق قانونى[2] . ويجوز للقضاء المستعجل أن يمنع غصب الإدارة موقتا ، ويحول

---

(١) ويورد قانون الإصلاح الزراعى سلسلة من القيود على حق التملك وعلى التصرف فى الملك . وسنبحث ذلك تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية .

كذلك قد ينزع الملك جبراً على صاحبه فى التنفيذ على أموال المدين ، ولكن نزع الملكية هنا لا يرجع إلى جهة الإدارة ، بل هى مسألة مدنية محضة مكان البحث فيها قانون المرافعات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمالك ، الذى اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغير الإجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بالتعويض . ويكون قاضى التعويض فى هذه الحالة حراً فى تقدير التعويض والحكم به مبلغا متجمداً واحدا أو بقيمة العين المنزوعة ملكيتها وبفوائدها التعويضية (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ — ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ — ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ — المنصورة الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٦٠ ص ٣٤٣) .

دون تغيير معالم الشيء قبل انقضاء نهائيا في الملكية(١) .

وقد يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أعمال مادية ، كما إذا أهملت الجهة الإدارية المختصة تطهير ترعة عامة فتعذر وصول المياه لزراعة أحد الأفراد فتلفت الزراعة . وكما إذا احترقت ممتلكات الأفراد نتيجة لتطاير الشرر من إحدى قاطرات السكك الحديدية . وكما إذا أنشأت الإدارة جنابية بمحاذاة ترعة فترتب على إنشاء الجنابية رشح أضر بملك أحد الأفراد . وعلى من يتأذى من عمل الإدارة أن يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسئوليتها ، فإذا لم يثبت خطأ فلا مسئولية(٢) . وقد أخذت بعض المحاكم بنظرية الخطأ المفترض في مسئولية الإدارة عن أعمال الاعتداء التي تقع منها على ملك الأفراد ، فقضت بمسئولية الإدارة عن انكسار مواسير المياه وتسرب الماء منها إلى المنازل المجاورة وإتلافها(٣) . وعن إنشاء محطة للمجاري بجوار منزل فأدى ذلك إلى نقص قيمته(٤) .

كما يكون اعتداء الإدارة على الملك الخاص عن طريق أوامر إدارية مخالفة للقانون . فإذا صدر أمر إداري من جهة غير مختصة فأضر بملك أحد الأفراد ، كما إذا أصدر مفتش ري أمراً خارجاً عن حدود اختصاصه ،

---

(١) الإسكندرية الكلية (مستعجل) ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ — وتقول المحكمة : « إن حق الملكية وحق الحرية الشخصية أهم حقوق الأفراد . ولا يجوز الاعتداء عليهما بالطرق الإدارية . بل يجب أن يرفع النزاع فيهما إلى المحاكم القضائية لأنها هي حامية حريات الأفراد وملكياتهم . ولا يصح أن تكون الأوامر الإدارية التي تعتدى على أحد هذين الحقين مانعة من هذه الحماية استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، فإن هذا المبدأ ، وإن كان سليما في ذاته ، إلا أن مدى تطبيقه وحدوده هي محل الاختلاف . ومن المتفق عليه عند أكثر الشراح والمحاكم أن من بين هذه الحدود التي لا يجوز للأمر الإداري أن يعتدى عليها ، ولو حاز شكله القانوني ، حرمان الإنسان من حيازة ما يملكه من عقار . إذ يعتبر الأمر الإداري في هذه الحالة قد فقد الصفة الإدارية وأصبح عملا من أعمال الغصب والاعتداء » .

(٢) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦٧ ص ١٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٦٥١ — مصر الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٣٩٨ ص ٣٤٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٦٨ ص ٣٤٨ .

(٤) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٧٤ ص ٤٤٣ .

تحققت مسئولية الحكومة[1] . وإذا صدر أمر إدارى من وزير الداخلية أو المحافظ بإغلاق محلج أو مصنع مملوك لأحد الأفراد . كان الأمر الإدارى باطلا . لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة لا تغلق إلا بحكم قضائى[2] . وقد يصدر أمر إدارى من جهة مختصة ولكن لا يتبع الإجراءات والأوضاع التى نص عليها القانون . فيكون باطلا . ويحكم على الإدارة بالتعويض . وكذلك الأمر فيما إذا صدر الأمر الإدارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا بخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها[3] . ومنذ إنشاء مجلس الدولة . أصبحت الأوامر الإدارية المخالفة للقانون تعرض على القضاء الإدارى . فيحكم بإلغائها . ولا يكتفى بالتعويض كما كان يفعل القضاء العادى .

٣٨٤ — الاستيلاء المؤقت : يجوز للإدارة أن تستولى استيلاء موقتا موقتا على العقارات المملوكة للأفراد . وذلك فى الحالات الطارئة أو المستعجلة ، بعد اتباع إجراءات معينة . وفى مقابل تعويض عادل . وقد نص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة أو التحسين على حالتين للاستيلاء الموقت . الأولى منهما يكون الغرض منها فى الواقع التمهيد لنزع الملكية وسنشير إليها عند الكلام فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، والأخرى هى التى يراد بها مواجهة ظروف طارئة أو مستعجلة وهى التى نقصر الكلام عليها هنا .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون نزع الملكية على أنه « يجوز للمدير أو المحافظ . بناء على طلب المصلحة المختصة ، فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء ، وفى سائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة ، أن يأمر بالاستيلاء موقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها . كما يجوز فى غير الأحوال المتقدمة الاستيلاء موقتا على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذى منفعة عامة . ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء

---

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٧ ص ٦٣ .

(٢) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٤٠ ص ٦٠٢ .

(٣) انظر فى كل ذلك وحيد رأفت فى مجلة القانون والاقتصاد ٩ ص ٢٢٩ — ص ٣٢٩ — محمد على عرفة فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧٥ .

مندوبى المصلحة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها ، بدون حاجة لاتخاذ إجراءات أخرى . وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار ، وفى حالة المعارضة يكون الفصل فيها طبقاً للنصوص الخاصة بالمعارضة فى التعويض المستحق عن نزع الملكية » . ونصت المادة ١٨ من نفس القانون على أن «تحدد مدة الاستيلاء الموقت على العقار بحيث لا تجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى . ويجب إعادته فى نهايتها بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص فى قيمته . وإذا دعت الضرورة إلى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة . وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك . أو أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصا له . وجب على المصلحة المختصة أن تتخذ قبل مضى الثلاث سنوات بوقت كاف إجراءات نزع ملكيته . وفى هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء عليه ، وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع ملكيته »[1] .

ويتبين من النصوص سالفة الذكر ما يأتى :

أولا — أن الاستيلاء الموقت يكون فى الحالات الطارئة المستعجلة ، كحصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء . ويجوز أيضا الاستيلاء الموقت فى غير الأحوال المتقدمة . لمجرد خدمة مشروع ذى منفعة عامة ، كما إذا احتيج إلى مكان لتخزين الأدوات المستعملة فى توسيع شارع فيستولى على العقار موقتا لهذا الغرض إذا لم يمكن العثور على عقار غيره .

ثانيا — أن الإجراءات الواجبة الاتباع للاستيلاء الموقت هى ما يأتى : تتقدم الجهة المختصة (وزارة الصحة أو وزارة الرى مثلا) إلى المحافظ فى المحافظة التى يوجد فيها العقار ، وتطلب منه إصدار أمر بالاستيلاء على العقار استيلاء موقتا ، وتبين الغرض الذى تهدف إليه من هذا الاستيلاء . فإذا رأى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون نزع الملكية : « وقد أجاز المشروع الاستيلاء الموقت بموجب قرار من المدير أو المحافظ فى حالات الطوارئ المستعجلة (م ١٧) ، موحدد المدة بما لا يتجاوز ثلاث سنوات ، بحيث إذا لم تعد العقارات إلى ملاكها بعد انتهائها ولم يتم الاتفاق على زيادتها وجب نزع ملكيتها (م ١٨) . ووجب تعويض الملاك مقابل عدم الانتفاع بالعقارات المستولى عليها . وعن أى نقص أو تلف يقع عليها » .

المحافظ أن هناك ما يبرر إجابة هذا الطلب . أصدر أمرا إداريا بالاستيلاء الموقت على العقار . ويذهب مندوبو الجهة المختصة التي طلبت الاستيلاء لمعاينة العقار . وعليهم أن يثبتوا صفته ومساحته وحالته . وبمجرد أن ينتهي المندوبون من ذلك ، ينفذ الأمر الإداري . ويستولى فعلا على العقار ولو بالقوة الجبرية. ويحدد الأمر الإداري الصادر بالاستيلاء المدة التي يبقى فيها العقار مستولى عليه . ويجب ألا تزيد على ثلاث سنوات . ويجب تحويل الاستيلاء الموقت إلى نزع ملكية نهائي في الفرضين الآتيين . (١) إذا احتاجت الجهة المختصة إلى العقار مدة أطول من ثلاث سنوات ، وتعذر عليها الاتفاق مع المالك على مد المدة . (٢) إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصا له . ففي هذين الفرضين يجب اتخاذ إجراءات نزع الملكية . وتقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت الاستيلاء عليه . وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية .

ثالثا — أنه يجب تعويض المالك تعويضا عادلا عن الاستيلاء الموقت . ويكون ذلك بأن تعين الجهة الإدارية التي طلبت الاستيلاء الموقت ، في خلال أسبوع من تاريخ استيلائها فعلا على العقار . قيمة التعويض المستحق للمالك في مقابل عدم انتفاعه بالعقار مدة الاستيلاء . فإن رضي المالك بهذا التقدير أخذ القيمة المعروضة عليه . وإلا عارض في التقدير أمام لجنة الفصل في المعارضات طبقا للإجراءات المقررة في المعارضة في تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في نزع الملكية للمنفعة العامة

٣٨٥ — الحراسة : لا نقصد بالحراسة هنا الحراسة القضائية أو الحراسة الاتفاقية . وقد نظم كلا منهما التقنين المدني . ولا نقصد الحراسة الإدارية ، وهي التي تفرضها جهة الإدارة على المرفق العام الذي يدار بطريق الالتزام في حالة توقف المرفق أو عجز الملتزم عن إدارته أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق . وإنما نقصد حراسة الطوارئ وهي تفرض استنادا إلى قانون الطوارئ (أو قانون الأحكام العرفية)[1] وهناك أيضاً حراسة التعبئة ،

(١) انظر في هذا الموضوع إبراهيم الشربيني في حراسات الطوارئ القاهرة سنة ١٩٦٤ — ر و تصفية الحراسات القاهرة سنة ١٩٦٤

وهى الحراسة التى تفرض فى حالة الحرب عقب إعلان التعبئة العامة على أموال الأعداء . وهى تكاد تكون صورة من صور الحراسات التى تفرض استنادا إلى قانون الطوارئ . على أن حراسة التعبئة لا تفرض إلا على رعايا دولة العدو أو رعايا دولة التى قطعت معها العلاقات السياسية . فى حين أن حراسة الطوارئ أعم من ذلك فهى قد تفرض على أى شخص يقتضى الصالح العام فرض الحراسة على أمواله حتى لو كان من المصريين . ويلاحظ أن المشرع لم يلجأ حتى الآن إلى حراسة التعبئة . واستند دائما إلى حراسة الطوارئ مادامت حالة الطوارئ قد أعلنت . وقد أغنت حراسة الطوارئ عن حراسة التعبئة ، وهذا هو ما وقع عقب حرب السويس إذ فرضت الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين استنادا إلى قانون الطوارئ [(١)] .

وقد توالت التشريعات التى تواجه حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية فى مصر منذ سنة ١٩٢٣ . فصدر قانون الأحكام العرفية رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، وقد ألغى وحل محله قانون الأحكام العرفية رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، ثم ألغى هذا القانون الأخير وحل محله قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ الذى

---

(١) ويقول الأستاذ إبراهيم الشربيني « ولقد تطورت الأهداف التى توخاها المشرع من فرض حراسات الطوارئ المختلفة فى الجمهورية العربية المتحدة منذ الحرب العالمية الثانية حتى الآن ، إذ كان القصد من فرض الحراسات على أموال الألمان والإيطاليين والبلاد المحتلة منها فى سنة ١٩٣٩ وما بعدها من سنى الحرب العالمية حماية أمن البلاد تنفيذاً لأحكام المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا سنة ١٩٣٦ وكان ذلك أيضاً هو القصد من فرض الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين والمعتقلين والمراقبين عقب حرب السويس فى سنة ١٩٥٦ . ثم تطور هذا القصد إلى غاية أخرى ، هى تمصير الاقتصاد عن طريق بيع المنشآت والمؤسسات العامة التى كان يسيطر عليها البريطانيون والفرنسيون إلى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها . حتى يمكن بذلك تلافى التهديد الدائم الذى كان يتمثل فى سيطرة الأجانب على الاقتصاد المصرى وتحكمهم عن طريقه فى أقدار البلاد . وبعد صدور قوانين يوليه سنة ١٩٦١ التى حققت التطبيق للاشتراكية ، استخدمت الحراسة المفروضة بالأمرين ١٣٨ و ١٤٠ سنة ١٩٦١ والحراسة المفروضة على الشركات والمنشآت بقرارات فردية منذ سنة ١٩٥٩ (والتى تسمى بحراسة الطوارئ) ، استخدمت هذه الحراسات جميعها كوسيلة للمساعدة على تحقيق الاشتراكية التى تعتبر هدفا أساسيا من أهداف الدولة ، وذلك عن طريق نقل ملكية قطاعات معينة من الأموال التى يملكها الخاضعون للحراسة إلى الشعب ممثلا فى المؤسسات والشركات العامة . وهو ما حدث بالنسبة إلى بيع العمارات السكنية والكثير من الأراضى الزراعية والشركات التجارية إلى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها » (إبراهيم الشربيني حراسات الطوارئ ص ٣٦)

لا يزال معمولا بها حتى الآن . واستنادا إلى قوانين الطوارئ الثلاثة سالفة الذكر أعلنت الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ فى مصر عدة مرات منذ إعلان الحرب العالمية الثانية فى أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ . فقد صدر فى هذا التاريخ مرسوم أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ معلنا الأحكام العرفية فى مصر استنادا إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، واستمر إعلانها طوال مدة الحرب حتى ألغيت فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٥ . ثم أعلنت الأحكام العرفية ثانية فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ بمناسبة قيام حرب فلسطين ، واستمرت حتى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٠ حيث ألغيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ . وأعيد إعلانها ثانية عقب حريق القاهرة فى ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ ، واستمرت إلى ٢٦ يونيه سنة ١٩٥٦ حيث صدر القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغائها . وما لبثت أن أعلنت ثانية عقب حرب السويس بالقرار الجمهورى رقم ٣٢٩ لسنة ١٩٥٦ الصادر فى أول نوفمبر سنة ١٩٥٦ استنادا إلى القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، واستمر إعلانها بالقرار الجمهورى الصادر فى سنة ١٩٥٨ استناداً لأحكام قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . ثم أنهيت بالقرار الجمهورى رقم ١٣١٦ لسنة ١٩٦٤ ، المنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد الصادر فى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤

وقد فرضت حراسات كثيرة متعاقبة على أموال الأفراد منذ الحرب العالمية الثانية ، وكذلك فرضت الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص بالأمر رقم ١٣٨ الصادر فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦١ والأوامر التالية له وعلى الأخص الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ ، ويطلق عليها تجوزا «حراسة الأمن»[1] .

وفرض الحراسة على أموال الفرد يترتب عليه غل يده عن أمواله ، فلا عملك

(١) انظر فى بيان تفصيل لذلك إبراهيم الشربينى فى حراسات الطوارئ ص ٤١ – ص ٤٤ ، ويقول الأستاذ إبراهيم الشربينى : « يتخذ الأمر الصادر بفرض الحراسة إحدى صورتين : الأولى أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على شخص معين بالذات أو على أشخاص معينين بذواتهم ، وعلى هذا النمط صدر الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذى حدد أسماء الأشخاص الخاضعين له . الثانية أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة أو صفات معينة ، كفرضها على الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية معينة أو الذين يقيمون فى بلاد معينة . وعلى هذا النمط صدر الأمر العسكرى رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ الذى فرض الحراسة على أموال الأشخاص الذين ينتمون إلى الجنسية الفرنسية أو البريطانية ، أو الذين يقيمون فى الجمهورية الفرنسية أو المملكة المتحدة » (حراسات الطوارئ ص ١٩٤) .

التصرف فيها ولا إدارتها . ويتولى الحارس ذلك نيابة عنه ، فهو الذى يدبر المال ويقبض الإيراد ويودعه لحساب الخاضع للحراسة ، ويصرف لهذا الأخير نفقة شهرية مقدرة للإنفاق منها على شؤون العيش . ويتولى الحارس نيابة عنه الوفاء بالتزاماته وديونه ، فى حدود الأموال الموجودة تحت يده لحساب الخاضع .

ولما كنا نلم بالحراسة هنا من ناحية تعلقها بحق الملكية ، فلابد من الإشارة إلى القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعية . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار بقانون على أن « ترفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم بمقتضى أوامر جمهورية طبقا لأحكام قانون الطوارئ » . وكان مقتضى رفع الحراسة أن تعاد إلى الخاضعين أموالهم ، ولكن القرار بقانون سالف الذكر أمم هذه الأموال ، ولم يدفع عنها تعويضا إلا فى حدود ثلاثين ألف جنيه ، فنصت المادة الثانية فى هذا الصدد على أن « تؤول إلى الدولة ملكية الأموال والممتلكات المشار إليها فى المادة السابقة ، ويعوض عنها صاحبها بتعويض إجمالى قدره ثلاثون ألف جنيه ، ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعوض عنها بمقدار هذه القيمة ... ويؤدى التعويض بسندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ ٪ سنويا ، وتكون هذه السندات قابلة للتداول فى البورصة . ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الإسمية بطريق الاقتراع ، فى جلسة علنية ، وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » .

وقد كانت الحراسة فى التشريع المصرى نظاما مقصودا به على الأخص حصر أموال رعايا الأعداء فى وقت الحرب ، وإخضاعها لنظام خاص تقتضيه حالة الحرب . فالتوسع فى الحراسة ، بما تشتمل عليه من قيود ، وما تنطوى عليه من انتقاص فى الأهلية ، وما تتضمنه من رفع الحصانة عن حق الملكية إلى حد تأميم ما زاد من المال على ثلاثين ألف جنيه دون تعويض ، ومد الحراسة حتى تشمل العدو وغير العدو ، والأجنبى والمصرى ، وحالة الحرب وحالة السلم ، لا شك فى أن كل ذلك شىء جديد على التشريع المصرى .

٣٨٦ — التأميم [*] : والتأميم أيضاً قيد يرد على حق الملكية ، فتنزع الدولة ملك الشخص جبراً عنه ، ويؤول الملك للدولة فى مقابل تعويض يتقاضاه المالك . وينصب التأميم عادة على ملكية مشروع خاص باعتباره أداة من أدوات الإنتاج ، فينتقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة إلى نطاق الملكية العامة . ويتفق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العامة فى أن كلا منهما يؤدى إلى نزع الملكية الخاصة عن صاحبها مقابل تعويض عادل . ولكن التأميم يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة فى أن التأميم ينصب على مشروع إنتاجى ، وإجراءاته سريعة ، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فينصب على عقار مملوك لأحد الأفراد وفقا لإجراءات طويلة يؤول العقار بعدها إلى الدومين العام .

وللتأميم طرق ثلاث :

(الطريقة الأولى) نقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة فتزول شخصيته الاعتبارية ، ويتخذ شكلا قانونيا جديداً قد يكون مؤسسة أو هيئة عامة أو شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط ، كما فعل المشرع فى تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وتأميم منشآت كبس القطن وتأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون . وينطوى تحت هذه الطريقة صورتان : صورة التصفية وصورة الاندماج . فى صورة التصفية يترتب على تأميم الشركة المصفاة بحكم القانون إنشاء شخص معنوى جديد من أشخاص القانون العام ، سواء كان مؤسسة عامة أو شركة مساهمة عامة تملك الدولة كل أسهمها ، أو إنشاء شركة اقتصاد مختلط جديدة بدلا من الشركة المصفاة ، أو إسناد المشروع إلى مؤسسة عامة

(*) مراجع : Vedel فى فن التأميمات Droit Social سنة ١٩٤٦ ص ٤٩ وما بعدها — Baudin ما هو التأميم سنة ١٩٤٦ — Rivero فى إصلاح المشروعات المؤممة داللوز ١٩٤٨ . Chr. ص ١٨١ — Byé, J. Morandière فى التأميم فى فرنسا والخارج سنة ١٩٤٨ — Laubadère فى العقود الإدارية جزء ٢ — Boulouis فى نظام المشروعات المؤممة . Juris. Classeur Adm. ١٠٠ — ١٠٩ (fasc.) — Jacquègnon فى التأميم Savatier - Juris - Classeur Civ. من القانون المدنى إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٦٢ — Constantin Katzarov فى نظرية التأميم سنة ١٩٦٠ — أنسيكلوبيدى داللوز فى القانون الإدارى جزء ٢ — وفى القانون الاجتماعى وقانون العمل سنة ١٩٦٠ .

فتحى عبد الصبور فى الآثار القانونية للتأميم فى القانون المصرى — أكثم الخولى دراسات فى قانون النشاط التجارى للدولة — محمد حامد الجمل فى طبيعة المشروعات المؤممة

إدارية موجودة من قبل . ومن أمثلة التأميم فى صورة التصفية تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها . وتأميم منشآت كبس القطن ، وتأميم شركتى السكر ، والتقطير المصرية ، وتأميم شركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحات عين شمس (مؤسسة ضاحية مصر الجديدة) . وتأميم الشركة المصرية للأراضى والمبانى . وفى صورة الاندماج يوجد الاندماج بطريق الضم (annexion) ويتم باتفاق شركتين قائمتين على أن تنضم إحداهما إلى الأخرى ، والاندماج بطريق المزج (combinaison) ويتم بطريق خلق شركة جديدة تفنى فيها الشركتان المندمجتان . ومن أمثلة الاندماج كصورة من صور التأميم ما قضى به القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ من نقل ملكية « شركة بواخر البوستة الخديوية » إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات ، على أن تتخذ إجراءات إدماجها فى الشركة العامة للملاحة البحرية وضم الشركتين إلى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات .

(الطريقة الثانية) احتفاظ المشروع بكيانه كما كان قائما قبل التأميم - ويقتصر الأمر على نقل ملكية الأسهم إلى الدولة كلها أو بعضها . فتنتفع الدولة بما كان ينتفع به المساهمون ، مع بقاء شخصية المشروع الاعتبارية قائمة ، ومع احتفاظ الشركة بنظامها القانونى . ويتمثل ذلك فى تأميم البنوك وشركات التأمين والتأميم الجزئى لبعض الشركات . فأمم البنك الأهلى بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٠ ، وانتقلت ملكية البنك إلى الدولة واعتبر مؤسسة عامة ، على أن تتحول أسهمه إلى سندات على الدولة تكون قابلة للتداول ، ومع بقائه البنك المركزى للدولة . ثم صدر القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٦٠ بفصل بين البنك الأهلى والبنك المركزى ، إذ نص على إنشاء مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة تقوم بمباشرة سلطات البنك المركزى واختصاصاته المنصوص عليها فى القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، ومنها الإشراف على تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية وفقا للخطط العامة التى تضعها الدولة بما يساعد على دعم الاقتصاد القومى واستقرار النقد وإصداره ، على أن يزاول البنك الأهلى المصرى جميع العمليات المصرفية العادية بالشروط والحدود ذاتها التى تخضع لها البنوك التجارية وفقا لأحكام القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ . ويعتبر كل من البنك الأهلى والبنك المركزى مؤسسة عامة اقتصادية ، لأن كلا منهما يمارس نشاطا

تجاريا وماليا . وأمم بعد ذلك بنك مصر والبنك البلچيكي بالقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٦٠ . ثم أممت سائر البنوك ، وجميع شركات التأمين ، وبعض شركات القطاع الخاص وذلك كله بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١[1] .

---

(١) وتنص المادة الأولى من هذا القانون على أن « تؤمم جميع البنوك وشركات التأمين فى إقليمى الجمهورية ، كما تؤمم الشركات والمنشآت المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة » . وقد عدد الجدول المشار إليه جملة كبيرة من الشركات التى أممت بموجب هذا القانون ، منها شركات الأوتوبيس فى النواحى المختلفة وشركة المعادى وفنادق مصر الكبرى وفنادق الوجه القبلى والفنادق المصرية وبورصة مينا البصل والشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية والشركة العامة للملاحة البحرية وشركة وادى كوم أمبو وشركة مياه الإسكندرية وشركات تجارة الأخشاب المتعددة وشركة مصر للتجارة الخارجية وشركات الأسمنت وشركة مصانع النحاس المصرية وشركات الصناعات والمنتجات المعدنية وشركة ملاحات البحر الأبيض وشركة ملاحة رشيد . وتنص المادة الثانية من نفس القانون على أن « تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المشار إليها إلى سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا ، وتكون السندات قابلة للتداول فى البورصة ، ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع فى جلسة علنية . وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وتنص المادة الرابعة على أن « تظل الشركات والبنوك المشار إليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القانونى عند صدور هذا القانون ، وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار إليها فى مزاولة نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة إلا فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية إدماج أى شركة أو بنك أو منشأة منها فى شركة أو بنك أو منشأة أخرى » .

وصدر فى نفس اليوم (٢٠ يوليه سنة ١٩٦١) للقرار بقانون رقم ١٩٨ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « يجب أن تتخذ كل من الشركات والمنشآت المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون شكل شركة مساهمة عربية ، وأن تساهم فيها إحدى المؤسسات العامة التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية بحصة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس المال » . وعدد القانون طائفة من الشركات تطبق عليها المادة سالفة الذكر ، منها شركة مصانع ياسين للزجاج وكثير من شركات المقاولات وكثير من شركات التصدير والتوريد ومن شركات الحليج والمطاحن ومصانع الغزل والنسيج . وقد أممت هذه الشركات تأميما كاملا فيما بعد .

وفى نفس اليوم أيضاً (٢٠ يوليه سنة ١٩٦١) صدر القرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ ، وتنص المادة الأولى منه على أنه « لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى أن يمتلك فى تاريخ صدور هذا القانون من أسهم الشركات المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون ما تزيد قيمته السوقية عن عشرة آلاف جنيه ، وتؤول إلى الدولة ملكية الأسهم الزائدة . وتؤخذ هذه الزيادة من كل نوع من الأسهم بنسبة القيمة الزائدة إلى القيمة الكلية للأسهم ، وبحيث تعادل هذه القيمة عددا صحيحا من الأسهم . ولا تسرى أحكام هذه المادة على الأسهم التى تملكها الهيئات والمؤسسات العامة » . —

(الطريقة الثالثة) وتختص بها المرافق العامة ، وهى التأميم بسحب الالتزام.
وقد بدأ التأميم فى مصر ، أول ما بدأ ، فى صورة استيلاء الحكومة على المرافق العامة التى عهد بإدارتها إلى الملتزمين ، بعد نهاية مدة الالتزام أو فى أثناء هذه المدة . فاستولت الحكومة على شركة ترام الإسكندرية بالمرسوم الصادر فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام ، وعلى مرفق الغاز والكهرباء بالقاهرة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام كذلك ، وعلى شركة سكك حديد الدلتا فى سنة ١٩٥٣ قبل نهاية مدة الالتزام . واتخذ التأميم مظهراً سياسيا بتأميم شركة قناة السويس بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، فى صورة استرداد الالتزام الممنوح للشركة قبل نهاية مدته . وسحب الالتزام كذلك من شركة مياه القاهرة ، وشركة ماركونى ، وشركات النقل العام للركاب ، وشركة ترام القاهرة ، وشركة ليبون بالإسكندرية .

وقد جعل المشرع لصاحب المشروع المؤمم الحق فى تعويض عادل فى مقابل التأميم ، ويعتبر التعويض عن التأميم مبدأ أساسيا ، وهو الذى يميز التأميم عن المصادرة . ويتخذ التعويض عن التأميم صورا شتى . فقد يكون تعويضاً نقديا ، كما فى حالة تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وكما فى حالة تأميم قنال السويس وشركة مياه القاهرة . وقد يكون التعويض بتحويل أسهم المشروع إلى سندات على الدولة لصالح المساهمين أو أصحاب المشروع المؤمم ، كما وقع فى تأميم الشركات والبنوك بالقوانين رقم ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٦١ وتأميم منشآت كبس القطن بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦١ وتأميم بنك مصر والبنك الأهلى المصرى . وقد يكون التعويض ، فى حالة تأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون وإنشاء شركة جديدة من شركات الاقتصاد

= وتنص المادة ٣ من نفس القانون على أن « تسدد الحكومة قيمة الأسهم التى آلت ملكيتها إليها بموجب سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا .. » . ولكن صدر بعد ذلك قانون يقضى بأن الشخص لا يتقاضى هذه الزيادة إلا فى حدود ١٥٠٠٠ جنيه فقط ، وبذلك آلت ملكية ما زاد على هذه القيمة من الأسهم إلى الحكومة بدون أى مقابل أو أى تعويض . ويذكر ذلك بما وقع للخاضعين للحراسة ، فهؤلاء أيضاً لا يتقاضون تعويضا عن أموالهم إلا فى حدود ٣٠٠٠٠ جنيه ، فتكون الأموال الزائدة على هذا القدر قد آلت هى أيضاً إلى الحكومة دون أى مقابل أو أى تعويض . والشركات التى يسرى عليها هذا القانون هى أكبر الشركات التجارية والصناعية فى مصر ، وقد أممت هذه الشركات بعد ذلك تأميما كاملا .

المختلط ، بتقويم أموال الشركة المصفاة وتقسيمها على أسهم يكون بعضها للمساهمين والبعض الآخر للدولة ، كما وقع فى تصفية الشركة العامة لمصانع السكر والتكرير المصرية وشركة التقطير المصرية وإنشاء شركة مساهمة جديدة باسم شركة السكر والتقطير .

§ ٢ – نزع الملكية للمنفعة العامة

٣٨٧ – قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين : كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية لدى المحاكم الأهلية والقوانين المعدلة له هى القوانين التى تسرى فى نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أمام القضاء الوطنى . ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ بإدخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنافع العامة .

وأخيراً صدر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يحل محل القانونين رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ورقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ويلغيهما . وجاء فى صدر المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٥٤ : « تنظم إجراءات نزع ملكية العقارات اللازمة للمنافع العامة الأحكام الواردة بالقانون رقم ٥ الصادر فى سنة ١٩٠٧ ، وقد مضى على صدوره ما يقرب من نصف قرن تطورت خلاله أحوال البلاد تطورا ملحوظا فى شتى وسائل الإصلاح ، وزادت أعمال المشروعات الخاصة بالرى والصرف وإنشاء الطرق والمستشفيات ودور التعليم والمنشآت العامة . وقد أصبحت أحكام هذا القانون قاصرة عن مسايرة هذا التطور . لذلك كان من الضرورى وضع تشريع ينظم نزع ملكية العقارات التى تلزم لتنفيذ المشروعات ، بحيث يكفل إلى جانب حقوق ذوى الشأن سرعة القيام بهذه الإجراءات مبسطة حاسمة ، وتيسير الحاجة الملحة إلى تحقيق ثمرات المشروعات العامة للبلاد ، فى أسرع وقت ممكن . وقد اشتمل مشروع القانون المرافق على المبادئ التى تحقق الأهداف المذكورة ، مع توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وكافة حقوق ذوى الشأن ، وتعويضهم عنها تعويضا عادلا يقتضونه فى فترة وجيزة » .

ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو من المباحث الرئيسية للقانون

الإدارى ، فإنه لا يعنينا منه هنا إلا الأحكام التى تقررت فيه لحماية الملكية الخاصة ، والإجراءات التى رسمت لضمان هذه الحماية ، وبخاصة التعويض المنزوع ملكيته تعويضاً عادلا عن ملكه .

٣٨٨ — الضمانات التى تكفل حماية الملكية الخاصة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة : رأينا أن المادة ٨٠٥ مدنى تنص على أنه « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون . وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل »[1] . ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو التطبيق المباشر لهذا النص ، فقد روعى فيه أن يشتمل على نفس الضمانات الواردة فى النص لكفالة الحماية الواجبة للملكية الخاصة .

فهناك إذن ضمانات ثلاثة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية الخاصة : (١) عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى الأحوال التى يقررها قانون نزع الملكية . (٢) وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية إذا عمدت جهة الإدارة إلى نزع الملكية الخاصة . (٣) وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضاً عادلا .

٣٨٩ — الضمان الأول — عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا فى الأحوال التى يقررها قانون نزع الملكية : لا يجوز نزع الملكية إلا إذا كان ذلك تحقيقا لمنفعة عامة . ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويلصق فى مقر العمدة أو البوليس وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار وفى المحل المعد للإعلانات بالمحافظة .

واستثناء من الحكم السالف الذكر ، يجوز نزع الملكية ، لا تحقيقا لمنفعة عامة ، بل من أجل التحسين . فقد نصت المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية على أنه « إذا كان الغرض من نزع الملكية هو إنشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تجديده أو إنشاء حى جديد أو لشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز أن يشمل نزع الملكية . فضلا عن العقارات

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٨١ .

اللازمة للمشروع الأصلى ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع ، أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب . كما يجوز نزع ملكية أية عقارات أخرى بقصد تحقيق الأغراض سالفة الذكر ، دون أن يكون ذلك مرتبطا بمشروع منفعة عامة » .

ويخلص من ذلك أن هناك حالتين يجوز فيهما نزع الملكية الخاصة : (١) الحالة التى تريد فيها جهة الإدارة تحقيق منفعة عامة ، لشأن من شؤون التنظيم (إنشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو إنشاء حى جديد إلخ) ، أو الصحة أو الرى ، أو الأغراض العسكرية ، أو غير ذلك من شؤون المنفعة العامة . (٢) الحالة التى تريد فيها جهة الإدارة ، لا تحقيق منفعة عامة ، بل التحسين والتجميل . والتحسين الذى تنزع الملكية لتحقيقه إما أن يكون تابعا لمشروع من مشروعات المنفعة العامة فتنزع ملكية عقارات أخرى غير العقارات اللازمة لتحقيق المنفعة العامة ، أو أن يكون مستقلا غير مرتبط بأى مشروع للمنفعة العامة فيكون نزع الملكية بقصد تحقيق التحسين أو التجميل المطلوب.

٣٩٠ — الضماد الثانى — وجوب اتباع الإجراءات التى رسمها قانود نزع الملكية : وهذه الإجراءات تتلخص فيما يأتى :

أولا — بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين : ويصدر بذلك قرار من الوزير المختص كما سبق القول[1] ، ويرفق بهذا القرار مذكرة ببيان المشروع ورسم بتخطيطه الإجمالى . وينشر هذا القرار على الوجه المبين فيما سبق[2] . وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية الحق فى دخول العقار لإجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار.

ثانيا — حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة بها : ويكون ذلك بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة بنزع الملكية وأحد رجال الإدارة المحليين والصراف . وتحرر اللجنة ، بحضور ذوى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

الشأن بعد إخطارهم بالحضور فى الوقت المعين ، محضراً تبين فيه هذه العقارات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق (من ذوى الحقوق العينية والمستأجرين) . ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفتر المكلفات والمراجع الأخرى . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سالفة الذكر تبين فيها العقارات التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى تقدرها لهم ، وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه العقارات فى المقر الرئيسى للمصلحة وفى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة وفى مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض ، بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويخطر فى نفس الوقت الملاك والمستأجرون بالإخلاء ، على أن يتم الإخلاء فى مدة أقصاها خمسة شهور . وتقدم الاعتراضات من ذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة العرض وهى شهر كما قدمنا ، وتتعلق هذه الاعتراضات إما بحق على العقار فترفق به جميع المستندات المؤيدة له ، أو بالتعويض الذى قدرته المصلحة وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعويض .

ثالثا — نقل ملكية العقار المنزوع ملكيته : فإذا لم تقدم اعتراضات أصبحت الكشوف نهائية ، ويكون أداء التعويض المقدر إلى أصحاب الحقوق مبرئا لذمة الجهة نازعة الملكية فى مواجهة الكافة ، ويوقع أصحاب هذه الحقوق نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات ، أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، فإن الوزير المختص يصدر قرارا بنزع ملكية العقار . وتودع النماذج أو القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى ، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع . وإذا لم تودع النماذج أو القرار الوزارى بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية ، سقط مفعول هذا القرار بالنسبة إلى العقارات التى لم تودع النماذج أو القرار الوزارى الخاص بها .

رابعا – الاستيلاء الموقت على العقار : وفى حالة الاستعجال قد ترى الجهة نازعة الملكية ضرورة الاستيلاء الموقت على العقار المطلوب نزع ملكيته حتى تتم الإجراءات اللازمة لنزع الملكية . فيصدر بذلك قرار من الوزير المختص ينشر فى الجريدة الرسمية ويشمل بيانا إجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الإشارة إلى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة . ويبلغ قرار الاستيلاء لأصحاب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، يعطون فيه مهلة لا تقل عن أسبوعين لإخلاء العقار . ويترتب على نشر قرار الاستيلاء فى الجريدة الرسمية اعتبار العقار مخصصا للمنفعة العامة . ويكون لصاحب الشأن فى العقار المستولى عليه الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وله خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة فى هذا التقدير ، ويكون الفصل فى المعارضة طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية (وسيأتى بيانها) . وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك . ولا تجوز إزالة المنشآت أو المبانى ذات القيمة ، فى أثناء مدة الاستيلاء ، إلا بعد انتهاء الإجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات المستحقة تقديراً نهائيا .

٣٩١ – الضمان الثالث – وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا : قدمنا أن المصلحة القائمة بنزع الملكية تعد كشفا من واقع عملية الحصر تبين فيه التعويض الذى تقدره للعقار المطلوب نزع ملكيته[1] ، فإن لم يعترض المالك على هذا التقدير تقاضى التعويض المقدر . ووقع نموذجا خاصا بنقل ملكية العقار للمنفعة العامة ، وإيداع هذا النموذج فى مكتب الشهر العقارى يترتب عليه بالنسبة إلى العقار جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى تقدير ثمن العين المنزوعة ملكيتها هى بوقت نزع الملكية (نقض مدنى ٢٧ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٣٨ – ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٣٥٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٩٠ .

أما إذا اعترض المالك على تقدير المصلحة للتعويض ، فإن الاعتراض يقدم إلى المقر الرئيسي للمصلحة أو إلى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة الكائن فى دائرتها العقار . ويجب أن يرفق به إذن بريد يساوى ٢ ٪ من قيمة الزيادة التى يطلبها بحيث لا يقل هذا المبلغ عن خمسين قرشا ولا يجاوز عشرة جنيهات ، ويعتبر الاعتراض كأن لم يكن إذا لم يرفق به هذا الرسم كاملا وذلك للاستيثاق من جدية الاعتراض . وقد قدمنا أنه فى حالة الاعتراض يصدر الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقار ، ويودع القرار فى مكتب الشهر فيكون للإيداع جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع[1] .

وترسل المصلحة القائمة بنزع الملكية الاعتراض ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انقضاء مدة الثلاثين يوما المحددة لتقديم الاعتراضات ، إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار المطلوب نزع ملكيته ، ليحيله بدوره فى ظرف ثلاثة أيام إلى القاضى الذى يندبه لرياسة لجنة الفصل فى هذه المعارضات . ويقوم قلم كتاب المحكمة بإخطار المصلحة وجميع أصحاب الشأن ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، بالتاريخ المحدد لنظر المعارضة . وتشكل لجنة الفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات برياسة هذا القاضى الذى ندبه رئيس المحكمة وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين ، أحدهما عن مصلحة المساحة والثانى عن المصلحة القائمة بنزع الملكية ، يختارهما وزير الأشغال بالاتفاق مع الوزير المختص . وتفصل اللجنة فى المعارضة خلال شهرين من تاريخ ورودها إليها .

وللمصلحة القائمة بنزع الملكية ولأصحاب الشأن الحق فى الطعن فى قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانهم بالقرار المذكور . وتنظر المحكمة فى الطعن على وجه الاستعجال ، ويكون حكمها فيه نهائيا .

والمعارضة فى التعويض لا تحول دون حصول ذوى الشأن على المبالغ المقدرة بمعرفة المصلحة . وإذا تعذر الدفع لأى سبب كان ظلت المبالغ مودعة بأمانات المصلحة مع إخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٩٠ .

بعلم الوصول . ويكون دفع التعويض لذوى الشأن ، أو إخطارهم بتعذر الدفع ، مبرئا لذمة المصلحة من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع فى حالة استيلاء المصلحة على العقار تمهيداً لنزع ملكيته .

ويراعى ، فيما يتعلق بالتعويض ، تطبيق القواعد الآتية : (١) إذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة ، فلا تحسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض إذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ فى المشروع السابق . وإذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فى غير مشروعات التنظيم داخل المدن ، وجبت مراعاة هذه الزيادة أو النقصان فى تقدير التعويض ، بحيث لا يزيد المبلغ الواجب إضافته أو إسقاطه عن نصف القيمة التى يستحقها المالك مقابل نزع الملكية . (٢) العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة فى مشروعات التنظيم فى المدن دون أخذ جزء منها ، يلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لإنشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذى نتج عنه هذا التحسين . ويسرى هذا الحكم إذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم فى المدن قاصراً على جزء من العقار ، ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقى من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه . (٣) العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها تشترى بأكملها ، إذا كان الجزء الباقى منها يتعذر الانتفاع به ، ويكون ذلك بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن . (٤) لا يدخل فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المبانى أو الغراس أو التحسينات أو عقود الإيجار أو غير ذلك ، إذا ثبت أنها أجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد ، وذلك بغير إخلال بحق صاحب الشأن فى إزالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الإضرار بالمشروع المراد تنفيذه . وكل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية يعتبر أنه أجرى للغرض المذكور . ولا يدخل فى تقدير التعويض . (٥) دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف إجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها ، وينتقل حق الطالبين إلى التعويض . (٦) يجوز للسلطة القائمة على

أعمال التنظيم ، فى حالة نزع الملكية للتحسين أو التجميل أو لإنشاء حى جديد ، تأجيل دفع الثمن أو التعويض المستحق عن كل عقار تجاوز قيمته ألف جنيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ من قيمة المبالغ المؤجلة ، وتدفع الفائدة فى نهاية كل سنة[١] .

---

(١) والتعويض عن نزع الملكية على النحو السالف الذكر غير التعويض عن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحكومة قد استولت على عقار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية ، ورفع صاحب العقار دعوى يطالب بقيمته وقت رفع الدعوى ، فإن الحكم بتقدير ثمن العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح فى القانون . ذلك أن استيلاء الحكومة على العقار جبراً عن صاحبه دون اتخاذ الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب . ويستتبع هذا النظر أن صاحب هذا العقار يظل محتفظا بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية إلى أن يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور أو يستحيل رده إليه أو إذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه . وفى الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المتضرر من أى عمل غير مشروع ، له أن يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٨٣) .

الباب الثانى

القيود التي ترد على حق الملكية

٣٩٢ — تنوع القيود التي ترد على حق الملكية: لما كان حق الملكية، كما قدمنا، حقاً غير مطلق، فإن القيود التي ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى. وقد تعددت هذه القيود، وتنوعت، وتكاثرت بخاصة فى العهود الأخيرة عندما أخذت المذاهب الاشتراكية فى الانتشار. وكان الهدف الرئيسى لهذه المذاهب هو حق الملكية، فطالبت بإلغائه فيما يتعلق بوسائل الإنتاج. ونجم عن ذلك أن أخذت النظم القانونية، حتى غير الاشتراكية منها، تقيد من حق الملكية، وتكثر من القيود التي ترد عليه، وقد بينا فيما تقدم(1) مدى الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية.

وسنرى فيما يلى كيف تنوعت هذه القيود، فبعض منها يتقرر للمصلحة العامة، وبعض آخر يتقرر للمصلحة الخاصة، وبعضها يرد على حق الملكية بعد قيامه، وبعضها يرد على الحق فى التملك قبل قيام حق الملكية. وكثير من هذه القيود يرجع إلى الجوار، سواء الجوار بوجه عام، أو الرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل، أو التلاصق فى الجوار كوضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور فى أرض الجار وحق فتح المطلات والمناور على ملك الجار.

٣٩٣ — طبيعة هذه القيود وهل هى حقوق ارتفاق؟: حق الارتفاق كما سنرى ذلك فى موضعه، هو حق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية، إذ الأصل أن يكون حق الملكية خالياً من القيود إلا تلك التي فرضها

(1) انظر آنفا فقرة ٣٣٢ وما بعدها.

القانون . فما تقرر من قيد – غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية – فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، ما تقرر منها للمصلحة العامة ، أو ما تقرر للمصلحة الخاصة كقيود الجوار والري والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور في أرض الجار وحق فتح المطلات والمناور على ملك الجار ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق . فقد قدمنا أن حق الارتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية[1].

ويبنى على أن هذه القيود القانونية ليست بحقوق ارتفاق ما يأتي :

١ – إذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيوداً قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مطل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المألوف لحق الملكية . وكان على المشتري أن يدرك أن هذه القيود موجودة دون أن يذكرها له البائع ، لأنها قيود قررها القانون لينظم تنظيماً عاماً حقوق الجيران بعضهم قبل بعض . ولم يقصد البائع ، من ضمانه خلو العقار من حقوق ارتفاق ، أن يضمن خلو العقار من هذه القيود ، فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق لا القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية[2] .

٢ – فإذا ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من حق المطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق

---

(١) ديمولومب ١١ فقرة ٨ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ .

(٢) كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ – الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ ص ٧٠٣ هامش ١ والمراجع المشار إليها ، حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠٢ – ص ٢٠٢ .

للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية[١] .

٣ – لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه الحقوق حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح مبدأ لحيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فإذا زال انحباس الأرض بعد خمس عشرة سنة لم يكن لمالك هذه الأرض أن يدعي أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب[٢] .

وقد كان التقنين المدني السابق يعتبر هذه القيود القانونية الواردة على حق الملكية حقوق ارتفاق قانونية ، فرجع التقنين المدني الجديد عن هذا الاتجاه وسار في اتجاه أدق ، إذ فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو الذي بيناه فيما تقدم وبين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية . وأورد هذه القيود في مكانها الصحيح عندما عرض لقيود الملكية ، ولم يضعها في الفصل الذي عرض فيه لحق الارتفاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « وضع المشروع في حق الارتفاق نصوصا تقرر القواعد العامة في هذا الموضوع ، بعد أن فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وبين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ، وكثيراً ما تسمى بحقوق الارتفاق القانونية[٣] » .

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٢) حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ – وتقول أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وانتقل المشروع بعد ذلك إلى ما يرد على الملكية من قيود ، وهي نوعان : قيود قانونية وقيود اتفاقية . فالقيود القانونية قد تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتقييد حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة أو لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية . وقد تكون قيودا اقتضتها التزامات الجوار .. وقد تكون ما يسميه التقنين الحالي (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق إلى المكان الذي ينبغي أن توضع فيه بين القيود القانونية التي ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦) .

على أن هذه المسألة قد اختلفت فيها الأنظار . فمن الفقهاء فى فرنسا من يذهب إلى أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق قانونية ، وإن كان يسلم بأن الأصل فى حق الارتفاق أنه قيد يرد استثناء على حق الملكية على خلاف الوضع المألوف[1] . ومن الفقهاء من يميز بين القيود المقررة للمصلحة العامة وهذه ليست حقوق ارتفاق وإنما هى قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، وبين القيود المقررة للمصلحة الخاصة . وفى هذه يفرق بين القيود المتعلقة بالمياه وبوضع الحدود والتحويط وبالحائط المشترك وهذه قيود وليست حقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور وهى ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق[2] . والغالبية من الفقهاء يذهبون صراحة إلى أن كل هذه القيود إنما هى قيود ترد على حق الملكية . وليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح[3] .

والفقه المصرى هو أيضاً منقسم . فى حين أن القلة من الفقهاء تذهب إلى أن هذه القيود القانونية هى حقوق ارتفاق حقيقية[4] . أو إلى أن بعض هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية (ارتفاقات المياه والمرور) وبعضها ليس إلا مجرد قيود ترد على حق الملكية[5] . فإن الكثرة من الفقهاء تأخذ بالرأى الصحيح وهو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، فتعتبر أن هذه

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨١٨ ص ٥٣٥ – ص ٥٣٦ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ – پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٧٨ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ – ص ٨٠٦ .

(٢) بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها – مازو ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤ مكررة – كاربونييه ص ١٨٤ – ص ١٨٥ .

(٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ – چوسران ١ فقرة ١٩٦٨ – دى پاج ٥ فقرة ٩٤٢ – مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة ١٣٨٢ – وقرب كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٤) شفيق شحاتة فقرة ٣٣٠ – ومع ذلك انظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصرى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٢٧٦ فى المعنى العكسى .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ – ص ٩٧ (ومع ذلك انظر ص ٩٧) .

القيود جميعا إنما هي قيود ترد على حق الملكية وليست حقوق ارتفاق حقيقية[1] .

٣٩٤ — تقسيم قيود الملكية إلى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة الخاصة — نص قانوني : تنص المادة ٨٠٦ مدنى على ما يأتى :

« على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة . وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية »[2] .

والنص . كما نرى ، يقسم القيود التى ترد على حق الملكية إلى قيود متعلقة بالمصلحة العامة وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة . ولم يتفق الفقهاء على تقسيم واحد لقيود الملكية ، بل تنوعت طرائقهم فى هذا التقسيم . ونحن نؤثر أن نجارى التقنين المدنى فى التقسيم الذى أخذ به ، ونبحث فى فصلين متعاقبين القيود التى ترد على حق الملكية لحماية المصلحة العامة وتلك التى ترد لحماية

---

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩—ص٢٤٠—إسماعيل غانم فقرة ٤٤—عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ — حسن كيرة فقرة ٦٤ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ ص ٤٠١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يكن نص المشروع التمهيدى يشتمل على عبارة «فى استعمال حقه» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٧٤ فى المشروع النهائى ، بعد أن أضافت عبارة « فى استعمال حقه » . فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦ — ص ٢٧)

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « تبدأ سلسلة القيود القانونية التى ترد على حق الملكية بنص يشير إلى القوانين الخاصة ، وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ويكون من شأنها التقييد من حق الملكية ، وذلك كقانون نزع الملكية وقوانين الآثار وقانون المحلات المقلقة للراحة ولائحة الترع والجسور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

المصلحة الخاصة . مع ملاحظة أن ما يرد من القيود لحماية المصلحة الخاصة قصد به أن ينتهي إلى حماية المصلحة العامة عن طريق حمايته للمصلحة الخاصة .

الفصل الأول

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

٣٩٥ — نوعاند من القيود : ويمكن . في القيود التي تتعلق بالمصلحة العامة . التمييز بين نوعين :

(النوع الأول) قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه .

(النوع الثاني) قيود يقررها القانون قبل قيام حق الملكية ، فهي واردة على حق التملك في ذاته . ونبحث منها القيود التي قررها قانون الإصلاح الزراعي والقيود التي ترد على حق الأجانب في تملك العقار بمصر

الفرع الأول

قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه

٣٩٦ — نص قانوني : تنص المادة ٨٢٢ مدني على ما يأتي :

« المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح . وبالشروط التي تفرضها »[1]

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٣/٤١[2].

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٣ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٩١ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٢ — ص ٧٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٣/٤١ : محلات المعامل والآبار وآلات البخار والمحلات المضرة بالجيران يجب أن تبنى بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح . على مقتضى الشروط المبينة بها (والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

م ٧٧٧ – وفى التقنين المدنى الليبي م ٨٣١ – ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى . ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[١] .

وهذا النص تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدنى فيما رأينا[٢] من وجوب أن يراعى المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة[٣]. وقد خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران . ويمكن إجمالها فيما يسمى بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة .

وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، قررتها القوانين والمراسيم واللوائح . وليس هنا مقام حصر هذه القيود . إذ هى تدخل فى مباحث القانون الإدارى .

وقد مر بنا بعض من هذه القيود فى مواطن متفرقة . منها حقوق الارتفاق الإدارية[٤] . ونزع الملكية للمنفعة العامة[٥] . والاستيلاء الموقت[٦] ، والحراسة[٧] . والتأميم[٨] .

ونقتصر هنا على استعراض بعض القيود الأخرى المقررة للمصلحة العامة ، فى إيجاز تام . فنتناول أولا ماعرضت له المادة ٨٢٢ مدنى ممالفة الذكر

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٧ (مطابق) – وانظر أيضا م ٩٦٧ .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٩٤ .

(٣) أما بقية القيود القانونية التى أوردها التقنين المدنى فتتعلق بالمصلحة الخاصة . وسنعرض لها تفصيلا فيما يأتى .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٨ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٣٨٧ وما بعدها .

(٦) انظر آنفا فقرة ٣٨٤ .

(٧) انظر آنفا فقرة ٣٨٥ .

(٨) انظر آنفا فقرة ٣٨٦ .

من القيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وتركيب الآلات البخارية . ثم نعرج على طائفة أخرى من القيود تتعلق بالزراعات الممنوعة ، وبحماية الآثار التاريخية .

ولا جدوى من محاولة ترتيب هذه القيود وتصنيفها ، فهي قيود متناثرة متشعبة[١] . ومحل دراستها التفصيلية هو كما قدمنا القانون الإداري.

٣٩٧ – المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة : يتقيد ملاك المحال المقلقــة للراحة والمضرة بالصــحة والخطرة (établissements incommodes, insalubres et dangereux) ، فى إنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله ، بوجوب الحصول على رخصة من جهة الإدارة تعطى للمالك مقدما . وتجب الرخصة أيضاً فيما إذا نقل المحل من مكان إلى مكان آخر ، أو أحدث فى المحل تغيير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كليا يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام (انظر م ١ وم ٤ من القانون رقم ١٣ الصادر فى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤)[٢] . وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها فى إنشاء هذه المحال . وهدف منها إلى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته . وقد قضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة فى هذا الصدد بأن الأهداف التى يهدف إليها المشرع فى القانون رقم ١٣ لسنة

---

(١) ويصنف الأستاذ محمد كامل مرسى أهم هذه القيود على الوجه الآتى : « أولا – القيود المقررة للمنفعة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء الموقت على العقارات للمنفعة العامة فى حالة حصول غرق مثلا أو قطع جسر الخ – ثانيا – القيود المقررة لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، مثل القيود المختصة بالتنظيم ، أو التى تجب مراعاتها فى إنشاء المزب والزرائب ، أو المحال العمومية ، أو المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك ، أو جوار السكك الزراعية ، أو تسوير الأراضى الفضاء الخ – ثالثا – القيود المقررة لمصلحة الزراعة ، مثل القيود الملزم باتباعها مالكو الأراضى المجاورة للترع والمصارف ونحوها ، والقيود الخاصة بوقاية القطن والمزروعات الأخرى – رابعا – القيود المقررة لتسهيل الملاحة الجوية – خامسا – القيود المقررة للمصلحة الحربية ، مثل إنشاء مناطق خطر حول القلاع – سادسا – القيود الموضوعة لحفظ الثروة الأهلية وإنمائها ، مثل القيود الخاصة بالمناجم ونحوها ، وحماية الآثار التاريخية – سابعا – القيود المقررة لمصلحة المالية ، كالزراعات الممنوعة » (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢١) .

(٢) انظر استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٨ .

١٩٠٤ بشأن المحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . وفى اللائحة المرافقة لهذا القانون . وفى الاشتراطات والمواصفات التى تتحتم مراعاتها فى إنشاء هذه المحلات : إنما تنحصر فى المحافظة على صحة الجمهور ووقايته وسلامته وراحته . ويترتب على ذلك أن استعمال الحق المخول بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ لجهة الإدارة فى قبول أو رفض الترخيص فى إنشاء هذه المحلات، تبعا لما تراه من ملاءمة أو عدم ملاءمة مواقعها يجب أن يكون منوطا بتوخى الأغراض التى منحت من أجلها هذا الحق . فإذا ما انحرفت جهة الإدارة فى استعماله عن هذه الأغراض . وكان رائدها فى تصرفها تحقيق غاية أخرى لا تمت لهذه الأغراض بسبب . فإن قرارها فى هذا الشأن يكون مخالفا للقانون . مشوبا بإساءة استعمال السلطة . وبالتالى يكون واجب الإلغاء[1] .

وإلى جانب الرخصة سالفة الذكر . يجب على كل مالك لأحد هذه المحال أن يتبع أوامر جهة الإدارة . وللجهة المذكورة الحق فى أى وقت أن تقرر ما تراه ضروريا من الأحكام والإجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية . والآلات المستعملة فيه . وكيفية التشغيل . والساعات التى يمكن العمل فيها . حرصا على الذين يترددون إليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها (م ٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤[2]) . وتقضى المادة ٦ من اللائحة التنفيذية المذكورة بألا دخل للحكومة مطلقا فيما يكون للغير من العلاقات مع المرخص له بإنشاء وتشغيل محل مقلق للراحة ومضر بالصحة وخطر : بل يكون المرخص له هو المسئول عن كل عمل يحدث ضررا أو غير ذلك بسبب إنشاء المحل أو لأى سبب آخر .

وقد صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩ بإجازة تحديد مناطق صناعية فى المدن ومجاوراتها . وتقضى المادة الأولى منه بأنه يجوز فى المدن ومجاوراتها أن تحدد منطقة أو أكثر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامل

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام مجلس الدولة ؛ رقم ٣٢ ص ١٠٤ .

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٢ .

والورش وغير ذلك من المحال المتعلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التي تعين بقرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير التجارة والصناعة . وتعين بمرسوم المدن ومجاوراتها التي يسرى عليها هذا القانون . ومع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة والأمر العالى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بشأن الآلات البخارية . لا يجوز داخل المدن ومجاوراتها المخصص لها مناطق صناعية إنشاء أو إدارة محل من المحال المشار إليها فى المادة الأولى المتقدمة أو الترخيص فى شىء من ذلك فى غير هذه المناطق .

٣٩٨ — تركيب الآلات البخارية : وهناك قيود على تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود التي أسلفناها فيما يتعلق بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . فقد اشترط الأمر العالى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الحصول على رخصة من جهة الإدارة لتركيب آلة بخارية أو مرجل (قزان) . أو لإحداث تغيير كلى فى الآلة البخارية المرخص بها . أو لترميمها ترميما هاما من شأنه تعديل كيفية تشغيلها ، أو لنقلها إلى اسم شخص آخر ، أو لنقلها إلى مكان آخر . وذلك حرصا على الراحة والأمن العام والصحة .

ويفرق القرار الصادر من وزارة الأشغال فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالى سالف الذكر بين الآلات البخارية التي تزيد قوة مراجلها على ستة خيول وتلك التي لا تزيد قوة مراجلها على ذلك . وتشترط شروطا تتعلق بالبعد عن المساكن والجسور والطرق العامة . وبارتفاع المدخنة . وبغير ذلك من القيود . بالنسبة إلى كل من النوعين[1] .

---

(١) وفيما يتعلق بآلات رفع المياه انظر المواد ٤٤ — ٥٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الرى والصرف (المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ وبالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) . وتقضى المادة ٤٥ من هذا القانون بأنه لا يجوز بغير ترخيص من تفتيش الرى إقامة أية آلة من الآلات الرافعة التي تدار بالماشية كالساقية أو التابوت لرفع المياه من النيل أو من أحد المجارى العامة أو الخاصة وذات الانتفاع المشترك ، أو لتصريف مياه الصرف فى النيل أو فى أحد المصارف العامة أو فى البحيرات . وتقضى المادة ٤٦ بأنه لا يجوز بغير ترخيص من مفتش الرى إقامة أو إدارة آلة محركة أو طلمبة أو أى جهاز من الأجهزة التي تحركها إحدى الآلات الثابتة أو =

٣٩٩ — الزراعات الممنوعة : يقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٠ . المعدل بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مايو ١٨٩٢ . بمنع زراعة الدخان والتنباك فى جميع أنحاء مصر . ومن يزرع دخانا أو تنباكا يعاقب بغرامة قدرها ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان ، فضلا عن مصادرة الزراعة وإتلافها . والسبب فى هذا المنع يرجع إلى أسباب تتعلق بالخزانة العامة ، إذ هى تعتمد كثيراً فى إيراداتها على الرسوم الجمركية للوارد على مصر من الدخان والتنباك .

ويقضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٤٤ بمنع زراعة الحشيش . وذلك لأسباب صحية . ويعاقب من يزرع الحشيش بالحبس من ٦ شهور إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠ جنيه إلى ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان .

ويقضى المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ والمعدل بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٠ بمنع زراعة الخشخاش (أبو النوم) . وذلك لما تحقق من أن الأفيون الخام الناتج من الزراعة المحلية يباع سراً كمادة مخدرة . ويعاقب المخالف بالحبس مدة لا تزيد على ٦ شهور وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين . وينزع المحصول ويعدم بواسطة رجال الإدارة بناء على طلب وزارة الزراعة .

٤٠٠ — حماية الآثار التاريخية : كان القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ يتكفل بحماية الآثار . والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ يتكفل بحماية آثار العصر العربى . ثم صدر القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ يلغى هذين القانونين (فى المادة ٣٦ منه) ويحل محلهما[1] .

= المتنقلة التى تدار بالبخار أو بالغاز أو بالكهرباء أو بالهواء أو بقوة الماء أو بأحد الطرق الآلية (الميكانيكية) الأخرى ، لرفع المياه من النيل أو أحد المجارى العامة أو الخاصة ، أو لتصريف مياه الصرف فى النيل أو فى أحد المصارف العامة أو الخاصة أو فى إحدى البحيرات . وتقضى المادة ٥٣ بأنه يجوز لوزارة الأشغال العمومية (وزارة الرى) أن تقرر نقل أية آلة أو طلمبة أو جهاز أعطى عنه ترخيص ، أو نقل الأعمال التى أنشئت من أجلها . إلى موقع آخر ، لمنع الخطر عن الجسور أو عن منشآت الرى الأخرى ، أو بسبب إنشاء أعمال جديدة أو تعديل أعمال قائمة ذات منفعة عامة . وذلك كله على نفقة الحكومة .

(١) فى صفحة ١٢٦ هامش ١ من هذا الكتاب . و[illegible] دخول متحف والتماثيل =

ومن القيود التي فرضها قانون الآثار رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ سالف الذكر على حق الملكية لحماية الآثار التاريخية ما نص عليه في المادة ٧ منه من أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار . ولو كانت الأرض مملوكة لهم . إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية بعد أخذ رأى المصلحة المختصة وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » . فمنع صاحب الأرض من الحفر في أرضه بحثا عن الآثار ، إلا بترخيص ، قيد يرد على الملكية الخاصة لحماية الآثار .

ولما كانت الآثار تعتبر في الأصل من الأموال العامة ، فكل من يعثر مصادفة . ولو في ملكه الخاص . على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو في باطنها . يجب عليه أن يبلغ عنه في الحال وأن يسلمه للسلطة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص . ووقعت عليه العقوبة المقررة في المادة ٣٠ من قانون الآثار .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار . على سبيل الحصر . الآثار والتي تعتبر مملوكة ملكية خاصة . وهذه هي الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات . والآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة طبقا لأحكام القانون . والآثار المنقولة المكررة التي تعطيها الحكومة بطريق البدل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل ، والآثار المستوردة من الخارج ، وآثار العصر المسيحي وما تلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ويكون قد تم تسجيلها دون أن تنزع الدولة ملكيتها ، والآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغني عنه . وقد أورد قانون الآثار على هذه الملكية الخاصة للآثار قيودا للمصلحة العامة التي تقتضي حماية الآثار . ونذكر من هذه القيود ما يأتي :

١ – يجب على مالك الأثر العقارى المسجل أن يبلغ الوزارة المختصة عن كل تصرف فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التصرف (م ١٨ من قانون الآثار) .

٢ – لا يجوز نقل أى أثر إلى أية جهة داخل الدولة المصرية إلا بعد إخطار

= والصور المعروضة في المتاحف العامة ضمن الأملاك العامة ، أشرنا إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ ، ولم نشر إلى القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ الذى ألغى القانونين سالفى الذكر وحل محلهما ، وهو القانون المعمول به الآن .

المصلحة المختصة . ولا يجوز تصديره إلى الخارج إلا بترخيص من الوزير المختص بعد موافقة المصلحة المختصة (م ٢٥ وم ٢٦ من قانون الآثار) .

٣ – يجوز للوزير المختص أن يصدر قرارا بالاستيلاء على أى أثر منقول إذا رأت المصلحة المختصة أن للدولة مصلحة فى اقتنائه . وذلك فى مقابل تعويض يمنح لمالك الأثر تقدره لجنة خاصة . وللمالك المعارضة فيه أمام المحكمة الابتدائية المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إلى المالك بكتاب موصى عليه مع علم وصول (م ٢٧ من قانون الآثار) .

٤ – إذا تقرر تسجيل أى أثر منقول مملوك لفرد أو هيئة . يعد هذا الفرد أو الهيئة حائزاً لأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أى تغيير فيه . ولا يجوز له نقله أو التصرف فيه إلا بالقيود السالف الإشارة إليها (م ٢٨ من قانون الآثار) .

الفرع الثانى

قيود ترد على الحق فى التملك

المبحث الأول

قيود واردة فى قانون الإصلاح الزراعى

٤٠١ – ما اشتمل عليه قانون الإصلاح الزراعى من القيود :
اشتمل المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى ، الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . وما تلاه من قوانين معدلة له ، على كثير من القيود . أهمها الحد الأقصى الجائز تملكه من الأراضى الزراعية . وتحديد العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمن ذلك من قيود متعلقة بالحد الأقصى للأجرة . والحد الأدنى لمدة الإيجار . وإيجاب الكتابة فى انعقاد الإيجار . وعدم جواز تأجير الأرض الزراعية إلا لمن يتولى زراعتها بنفسه . وعدم جواز زيادة ما ينتفع به الشخص من الأراضى الزراعية على خمسين فدانا أو على القدر الجائز له تملكه أيهما أكثر . وامتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية بحكم القانون . وكذلك النصوص التى تهدف إلى الحد من تجزئة

الأراضي الزراعية ومنع تفتت الملكية الزراعية . وقد سبق أن بحثنا المسائل الخاصة بتحديد العلاقة ما بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمنه ذلك من قيود متعددة . عند الكلام في عقد الإيجار(١) . وكذلك بحثنا مسألة الحد من تجزئة الأرض الزراعية والمسائل التي يثيرها قانون الإصلاح الزراعي بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية . عند الكلام في عقد البيع(٢) .

ولما كنا هنا بصدد القيود التي أوردها قانون الإصلاح الزراعي فيما يتعلق بحق تملك الأراضي الزراعية . فنقصر بحثنا على هذه المسألة . ونبين الحد الأقصى الجائز تملكه من هذه الأراضي . والأصل أنه لا يجوز لشخص أن يتملك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان . ويرد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

§ ١ – الأصل العام

٤٠٢ – الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٥٢ : أول ما صدر من قوانين الإصلاح الزراعي هو المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . وقد صدر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . ويعتبر هو الأصل . وما جاء من القوانين بعده هي قوانين معدلة له ، مع بقائه على حاله في الأحكام التي لم تعدلها هذه القوانين .

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتي : « لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا . ولا يجوز تسجيله » .

ونرى من ذلك أن الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية .(٣) بحسب

---

(١) انظر الوسيط ٦ فقرة ٧٣٠ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٧ – فقرة ٢٠٢ .

(٣) ولا يسري قانون الإصلاح الزراعي إلا على الأراضي الزراعية . فلا يسري على أراضي البناء وهي الأراضي الداخلة في كردون البنادر والبلاد الخاضعة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشروط معينة . والأراضي المقام عليها بناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها . والأراضي الفضاء التابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أولازم لخدمتها (انظر التفسير التشريعي رقم ١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ٣ من التفسير التشريعي رقم ١ لسنة لسنة ١٩٥٣ المعدل بالمادة ٣ من التفسير التشريعي رقم ٤ لسنة ١٩٥٣) .

قانون سنة ١٩٥٢ ، هو ٢٠٠ فدان . فإذا زادت ملكية الفرد وقت نفاذ هذا القانون على هذا الحد ، استولت الحكومة على المقدار الزائد . وتنص المادة ١/٣ و٢ من القانون فى هذا الصدد على ما يأتى : « تستولى الحكومة فى خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه . على ألا يقل المستولى عليه كل سنة عن خمس مجموع الأراضى الواجب الاستيلاء عليها . ويبدأ الاستيلاء على أكبر الملكيات الزراعية ، وتبقى للمالك الزراعة القائمة على الأرض وثمار الأشجار حتى نهاية السنة الزراعية التى تم خلالها الاستيلاء » . وقد اتخذ القانون احتياطات وقائية لمنع التحايل على أحكامه : فنص فى المادة ٣/٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون : (ا) بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ . (ب) بتصرفات المالك إلى فروعه وزوجه وأزواج فروعه ، ولا بتصرفات هؤلاء إلى فروعهم وأزواجهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا ، متى كانت تلك التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، وذلك دون إضرارا بحقوق الغير التى تلقوها من المذكورين بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ . (ج) بما قد يحدث منذ العمل بهذا القانون من تجزئة بسبب الميراث أو الوصية للأراضى الزراعية المملوكة لشخص واحد ، وتستولى الحكومة فى هذه الحالة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان من هذه الأراضى فى مواجهة الورثة والموصى لهم . وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات» . ونرى من ذلك أن القانون اتخذ احتياطات ثلاثة :(أولا) افترض أن المالك ، قبل استيلاء الحكومة على المقدار الزائد من أرضه ، قد مات وترك أكثر من وارث وقد يكون أوصى بجزء من أرضه . وترتب على ذلك أن الورثة والموصى لهم اقتسموا تركة مورثهم وهى تزيد على مائتى فدان : فلم يصب الواحد منهم أكثر من هذا المقدار . فالعبرة فى هذه الحالة بتاريخ نفاذ القانون لا بتاريخ موت المورث : وتستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان من تركة المورث — إذ يفترض بقاؤه حيا حتى يوم الاستيلاء — فى مواجهة الورثة والموصى لهم . وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات . (ثانيا) افترض القانون أن المالك قد تصرف بعد أول يناير سنة ١٩٤٤ (تاريخ فرض رسم

الأيلولة على التركات) فى جزء من أرضه أو فيها كلها إلى زوجه وفروعه وأزواج فروعه . وذلك تهربا من قانون ضريبة التركات ، ويقضى هذا القانون بعدم الاعتداد بهذه التصرفات بالنسبة إلى الضريبة إذا مات المورث فى خلال خمس سنوات من وقت التصرف . فلم يعتد قانون سنة ١٩٥٢ هو أيضاً بهذه التصرفات بالرغم من بقاء المورث حيا حتى سنة ١٩٥٢ ، وأدخل جملة ما تصرف فيه المالك ضمن الباقى عنده فى حساب المائتى الفدان الحد الأقصى للملكية الزراعية . ولم يعتد إلا بالتصرفات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، ثم أضاف المشرع . بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ ، إلى التصرفات الصادرة إلى الزوج والفروع وازواج الفروع ، ما عسى أن يكون قد صدر من تصرفات من هؤلاء إلى أزواجهم وفروعهم وأزواج فروعهم وإن نزلوا . إذ افترض التواطؤ فى هذه التصرفات المتعاقبة . ومع ذلك نص القانون على عدم الإخلال بحقوق الغير التى تلقوها ممن سبق ذكرهم بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، أما بعد هذا التاريخ فلا يعتد بهذه التصرفات .(ثالثا) افترض القانون أن المالك بعد يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ . وقد توقع صدور قانون الإصلاح الزراعى . قد بادر إلى التصرف فى أرضه أو إلى رهنها للغير متواطئاً معه . فلم يعتد القانون بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن المادة الثالثة من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه لا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، وقد أراد الشارع بذلك القضاء على التصرفات الصورية التى تبرم بغية الفكاك من أحكام هذا القانون ، فاعتبر جهة الإصلاح الزراعى من طبقة « الغير » ، وشرط للاعتداد بهذه التصرفات فى مواجهتها أن تكون ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٠ ص ٥٦٠) . وانظر أيضاً فى أن هذه التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، وإن كان لا يعتد بها فى مواجهة الإصلاح الزراعى ، تظل صحيحة ونافذة فيما بين عاقديها ، بحيث إذا اختار المالك الأطيان موضوع هذه التصرفات فليس لجهة الإصلاح الزراعى أن تعترض على التصرفات حكم النقض السابق ونقض ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧ .

ونصت المادة ٤ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢ وبالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ وبالقانون رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٩٧ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « يجوز مع ذلك للمالك . خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون . أن يتصرف بنقل ملكية مالم يستول عليه من أطيانه الزائدة على مائتى فدان على الوجه الآتى : (ا) إلى أولاده بما لا يجاوز خمسين فدانا للولد . على ألا يزيد مجموع ما يتصرف فيه إلى أولاده على المائة فدان . فإذا توفى المالك قبل الاستيلاء على أرضه دون أن يتصرف إلى أولاده أو يظهر نية عدم التصرف إليهم . افترض أنه قد تصرف إليهم فى الحدود السابقة ، ويتم توزيع ما افترض التصرف فيه على أولاده طبقا لقانون المواريث . (ب) إلى صغار الزراع بالشروط الآتية : ... (ج) إلى خريجى المعاهد الزراعية بالشروط الآتية : ... ولا يجوز للمالك . سواء كان تصرفه إلى صغار الزراع أو إلى خريجى المعاهد الزراعية . أن يطعن فى التصرف بالصورية بأى طريق كان . ولو بطريق ورقة الضد . ولا يكون التصرف صحيحا إلا بعد تصديق المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار »[1] . وفى هذا النص توسعة على الملاك

= وإلى جانب هذه الاحتياطات الثلاثة ، أضاف قانون سنة ١٩٥٢ ما يأتى : (١) م ١٧ (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣) : يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا عن مصادرة ثمن الأرض الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . وكذلك يعاقب بالحبس كل من يتصرف تصرفا يخالف المادة الرابعة مع علمه بذلك . وكذلك يعاقب بالحبس كل من يخالف أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الرابعة مكررة . ثم أضيفت بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣ المادة ١٧ مكررة وتجرى بما يأتى : « يعفى من العقاب بما فى ذلك المصادرة كل بائع أو شريك بادر من تلقاء نفسه بالرجوع عن التصرف المخالف للقانون ، أو بإبلاغ الجهات المختصة أمر هذه المخالفة » . (٢) م ٢٥ : ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٣ تفرض ضريبة إضافية على ما يزيد على مائتى فدان بنسبة خمسة أمثال الضريبة الأصلية . وقد قصد بهذا النص المساواة ما بين الملاك الذين استولى على أراضيهم فى السنوات الأولى ، وهؤلاء الذين استولى على أراضيهم فيما بعد إذ يدفعون ضريبة إضافية على المقدار الزائد على الحد الأقصى إلى يوم الاستيلاء على هذا المقدار .

(١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٣ ، يقضى بأن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى إدارة واستغلال الأراضى المستولى عليها المخصصة للحدائق ، ويجوز تهيئة أن =

الزراعيين . فيجوز للمالك . طبقاً للنص . أن يستبقى من أرضه مائتى فدان لنفسه . ومائة فدان لأولاده . ومقداراً آخر غير محدد يتصرف فيه إلى صغار الزراع وإلى خريجى المعاهد الزراعية بالشروط المنصوص عليها فى القانون(١).

ونصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه . وفقاً لأحكام المادة الأولى . الحق فى تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة الإيجارية لهذه الأرض . مضافاً إليه قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة الإيجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ... وإذا كانت ملكية الأرض لشخص وحق الانتفاع لآخر . استحق مالك الرقبة ثلثى التعويض والمنتفع الثلث» . ونصت المادة ٦ (المعدلة بالقانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « يؤدى التعويض سندات على الحكومة بفائدة سعرها ٣٪ تستهلك فى خلال ثلاثين سنة . وتكون هذه السندات اسمية ولا يجوز التصرف فيها إلا لمصرى . ويقبل أداؤها ممن استحقها من الحكومة لأول مرة أو من ورثته فى الوفاء بثمن الأراضى البور التى تشترى من الحكومة ، وفى أداء الضرائب على الأطيان التى لم يسبق ربط ضرائب عليها قبل العمل بهذا القانون ، وفى أداء ضريبة التركات والضريبة الإضافية على الأطيان المفروضة بموجب هذا القانون . ويصدر مرسوم . بناء على طلب وزير المالية والاقتصاد . بتعيين مواعيد وشروط استهلاك هذه السندات وشروط تداولها » . وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨ . فأصبحت السندات الإسمية بفائدة سعرها ١½٪ فقط . وتستهلك هذه السندات فى خلال أربعين سنة . ولكن

= تتصرف فى هذه الأراضى إلى شركات المساهمة التى تنشئها أو تساهم فى رأس مالها أو إلى الجمعيات التعاونية التى تشرف عليها أو غيرها ، وذلك وفقاً للقواعد والشروط التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية . كما يجوز لها أن تعهد بإدارة هذه الأراضى إلى شركات المساهمة أو إلى الجمعيات التعاونية المذكورة .

(١) وهناك توسعة أخرى ، إذ نصت المادة ٢ حرف ب من قانون سنة ١٩٥٢ على ما يأتى : « ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها ، ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » . وقد عدل النص بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٨ .

الحكومة ، فيما بعد . ألغت التعويض المستحق للملاك المستولى على أراضيهم ، سواء بحكم قانون سنة ١٩٥٢ أو بحكم قانون سنة ١٩٦١ . وأصبح الاستيلاء دون أي مقابل أو تعويض بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ .

٤٠٣ — الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١ :
وبقي الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية مائتي فدان إلى سنة ١٩٦١ . ثم صدر القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « لا يجوز لأي فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان . ويعتبر في حكم الأراضي الزراعية ما يملكه الأفراد من الأراضي البور والأراضي الصحراوية . وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . فأصبح الحد الأقصى لتملك الفرد للأراضي الزراعية مائة فدان فقط . ويدخل فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية بعد أن كانت هذه الأراضي لا تدخل بحسب قانون سنة ١٩٥٢ في حساب المائتي فدان إلى خمس وعشرين سنة من وقت تملكها .

ونصت المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٦١ على أن « تستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز الحد الأقصى الذي يستبقيه المالك » . ولم يحدد القانون مهلة لإتمام الاستيلاء كما حدد قانون سنة ١٩٥٢ مهلة مقدارها خمس سنوات على النحو الذي قدمناه . وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٦١ أن القانون يعطي « للهيئة العامة للإصلاح الزراعي الحق في الاستيلاء في تاريخ العمل به . فإذا تراخى صدور قرار الاستيلاء على الأطيان الزائدة لدى أحد الملاك ، فإن ريع الأراضي المستولى عليها لا يكون من حق الهيئة إلا من تاريخ صدور قرار الاستيلاء ، وهو الوقت الذي يتحول فيه حق المستولى عليه في الريع إلى فائدة على السندات طبقا لأحكام المادة ٥ التي تقرر استحقاق الفائدة من تاريخ الاستيلاء . فإذا ظلت الأرض الزائدة تحت يده بعد صدور قرار الاستيلاء ، فحينئذ تربط عليه بالإيجار حتى يتم للهيئة العامة للإصلاح الزراعي تسلمها منه »[1] .

---

(١) وقد صدر القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦١ (يضيف فقرة ثانية إلى المادة السادسة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١) وينص على ما يأتي : « يتعين على واضع اليد على الأراضي المستولى عليها طبقا لأحكام هذا القانون ، سواء كان هو المستولى لديه أو غيره ، أن يستمر في وضع —

ولم يبح قانون سنة ١٩٦١ . كما أباح قانون سنة ١٩٥٢ ، للمالك أن يتصرف فى المقدار الزائد على الحد الأقصى للأولاد بما لا يجاوز مائة فدان أو إلى صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية بشروط خاصة على ما بينا فيما تقدم ، بل إن الحكومة تستولى على كل المقدار الزائد على المائة فدان . والعبرة فى تحديد هذا القدر الزائد بما يملكه الفرد وقت نفاذ قانون سنة ١٩٦١[1] .

وفيما يتعلق بالتعويض الذى يعطى للمالك عما استولت عليه الحكومة من أرضه ، تنص المادة ٤ من قانون سنة ١٩٦١ على أن « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه ، تنفيذاً لأحكام هذا القانون ، الحق فى تعويض يقدر وفقا للأحكام الواردة فى هذا الشأن بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار إليه ، ومراعاة الضريبة السارية فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ » . فيجب إذن الرجوع إلى المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ فى تقدير التعويض ، وقد أوردنا نصها فيما تقدم[2] . فيكون للمالك الحق فى تعويض يعادل عشرة أمثال القيمة الإيجارية للأرض المستولى عليها ، مضافا إليها قيمة المنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار . وتقدر القيمة الإيجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية ، وإذا كانت ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لآخر ، استحق مالك الرقبة ثلثى التعويض والمنتفع الثلث .

أما طريقة أداء التعويض ، فقد نصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٦١ بأن يؤدى التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة (بدلا من ٤٠ سنة فى قانون سنة ١٩٥٢) ، وبفائدة قدرها ٤ ٪ (بدلا من ١,٥ ٪ فى قانون سنة ١٩٥٢) محسوبة من تاريخ الاستيلاء . ويجوز للحكومة استهلاك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الإسمية بعد عشر سنوات[3] . وقد ألغى هذا التعويض

= يده عليها ، ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل سبعة أمثال الضريبة يدفعها سنويا إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى » .

(١) وكان يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ هو تاريخ نشر القانون فى الجريدة الرسمية ، فلا يعتد فى تطبيق حكم الاستيلاء بتصرفات المالك إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٠٢ .

(٣) وتنص المادة ٧ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أنه « إذا كانت الأرض التى استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، =

بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ كما سبق القول[1] .

٤٠٤ – **التملك لما يزيد على الحد الأقصى** : وبعد أن تمت تسوية الملكية الزراعية على أساس قانون سنة ١٩٥٢ ، ثم على أساس قانون سنة ١٩٦١ ، أصبح المالك لأرض زراعية فى الوقت الحاضر لا يجاوز ما يملكه مائة فدان وهو الحد الأقصى المقرر بقانون سنة ١٩٦١ . ولا يجوز بعد ذلك ، حتى لو استجد سبب فى المستقبل لتملك أرض زراعية ، أن يزيد ما يملكه الفرد على مائة فدان . وأسباب كسب الأرض الزراعية التى تستجد بعد فرض الحد الأقصى المتقدم ذكره إما أن ترجع لإرادة المالك ويتضمن ذلك العقد والأخذ بالشفعة والاستيلاء ، أو ترجع لواقعه مادية أو إرادة غير إرادة المالك ويتضمن ذلك الميراث والوصية والالتصاق والتقادم .

فالأسباب التى ترجع إلى إرادة المالك ، ويكون من شأنها أن تزيد فى أرضه الزراعية بحيث تجاوز الحد الأقصى ، يجب تعطيل مفعولها وشل إرادة المالك إذ هى مخالفة للقانون . ومن ثم نصت المادة الأولى من قانون الإصلاح

= استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . والحكومة ، إذا لم تحل محل المدين فى الدين ، أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على أربعين سنة . وإذا كان الدين ينتج فائدة سعرها يزيد على ٣٪ (أصبحت ١½٪) تحملت الحكومة الزيادة فى سعر الفائدة بعد خصم ما يوازى مصاريف التحصيل وتبعة الديون المعدومة » . ولم يرد فى قانون سنة ١٩٦١ نص يخالف هذه الأحكام ، فيجب تطبيقها فى ظل هذا القانون . فيعطى للدائنين أصحاب حق الرهن أو الاختصاص أو الامتياز سندات بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (مدة استهلاك سندات التعويض) ، وتستنزل قيمة هذه السندات من التعويض المستحق للمالك . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ – ص ٣١ .

ولا تتحمل الحكومة بالدين إلا فى حدود التعويض المستحق عن الأرض (تفسير تشريعى للجنة العليا بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٥٣ المادة ٢) ، ويبقى المالك مدينا بالمقدار الزائد من الدين ، وتكون أرضه الباقية له وسائر أمواله كافلة لهذا المقدار الزائد . ويجب على الدائنين اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون الإصلاح الزراعى : فإن لم يفعلوا برئت ذمة الحكومة قبلهم فى حدود ما يتم صرفه من تعويض للمالك ، ولا يبقى للدائنين إلا الرجوع على المالك فى أمواله . وتتحمل الحكومة فوائد الدين من تاريخ الاستيلاء على الأرض حتى تاريخ قيام الحكومة بسداد الدين للدائن أو صرف السندات له (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ هامش ٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٠٢ ص ٦٥٥ – ص ٦٥٦ .

الزراعى . منذ صدور قانون سنة ١٩٥٢ وبعد تعديله بقانون سنة ١٩٦١ ، على أن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله» . والتعاقد الناقل للملكية يشمل البيع والمقايضة والهبة ، فإذا باع شخص إلى آخر أرضا زراعية أو وهبه إياها ، فزادت الأرض الزراعية التى يملكها المشترى أو الموهوب له بسبب هذا البيع أو هذه الهبة على مائة فدان ، كان البيع أو الهبة عقداً باطلا ولا يجوز تسجيله . كذلك إذا قايض شخص شخصا آخر فأعطاه أرضا زراعية وأخذ منه دارا أو أعطاه أرضا زراعية مساحتها أكبر من الأرض الزراعية التى أخذها منه ، فترتب على المقايضة أن زادت الأرض الزراعية التى يملكها الشخص الآخر على مائة فدان ، فإن المقايضة تكون باطلة ولا يجوز تسجيلها . ويستوى فى بطلان العقد الناقل للملكية أن يكون المتصرف له مالكا قبل العقد مائة فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائداً على الحد الأقصى كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل قبل ذلك مائة فدان ، أو أن يكون مالكا قبل العقد أقل من مائة فدان فكسب بالعقد ما يجعل مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل العقد ثمانين فدانا . وفى الحالة الثانية يكون العقد باطلا فى الأربعين فدانا كلها لا فيما يجاوز مائة فدان فحسب ، وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة فى عشرين فدانا على الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشترى أو كلاهما . والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ تاريخ نفاذ قانون سنة ١٩٦١ ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقد الثابت التاريخ السابق على ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ فإنه يكون صحيحا ويجوز تسجيله ؛ فإن كان من شأنه أن يجعل المتصرف له يجاوز حد النصاب الجائز تملكه . استولت الحكومة على ما يجاوز هذا النصاب[1] . وكالتعاقد الناقل للملكية الأخذ بالشفعة ،

---

(١) يجب التمييز فى هذا الصدد بين حالتين : (الحالة الأولى) بيع (أو تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر ممن يملك أكثر من مائة فدان ولو ترتب على البيع أن يصبح البائع لا يملك أكثر من مائة فدان ، فهذا البيع إن صدر فى ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ فلا شك فى بطلانه بصريح نص المادة ٣/٢ من قانون سنة ١٩٦١ . وإذا كان البيع ثابت التاريخ =

فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضا زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائة فدان(١). كذلك لا يجوز

= قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ فلا شك في صحته ووجوب الاعتداد به، فإن قانون سنة ١٩٦١ صريح في عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة من المالك ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١؛ والمفهوم من ذلك أن هذه التصرفات الثابتة قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ يعتد بها ويجوز تسجيلها. (الحالة الثانية) بيع (أو أي تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر من شخص إلى شخص آخر فيجعل مجموع ما يملكه المشتري أكثر من مائة فدان، وهذه الحالة الثانية هي التي يسري عليها نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١ ويقضي بأن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله». فإن كان البيع قد صدر في ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ، فهنا أيضاً لا شك في بطلان البيع بصريح نص المادة الأولى سالفة الذكر. وإذا كان البيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١، فقد أجمعت الآراء على أن البيع صحيح، ثم اختلفت فيما بعد ذلك. فرأي يذهب إلى أن البيع صحيح ولكن لا يجوز تسجيله، فينفسخ لاستحالة الالتزام بنقل الملكية (انظر من هذا الرأي إسماعيل غانم فقرة ١٣ ص ٣٢ هامش ١ – حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٥٤ هامش ١). ورأي آخر يذهب إلى أن البيع صحيح ويجوز تسجيله، ومن ثم لا ينفسخ بل يكون نافذاً (انظر من هذا الرأي عثمان حسين عبد الله في شرح أحكام قانون الإصلاح الزراعي في مصر سنة ١٩٥٣ ص ١١ – ص ١٣ – والمؤلف في الوسيط ٤ فقرة ٢٠٠ ص ٣٦١).

ويستند الرأي الثاني الذي نقول به على المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١، فهي تنص كما رأينا على أن «كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله». فالبطلان هنا مستمد من النص، وهذا النص لا يعمل به إلا من يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١. فكل تعاقد صحيح ثابت التاريخ قبل يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ لا ينسحب عليه النص فيجعله باطلا، وإلا كان للنص أثر رجعي ولم يصرح قانون سنة ١٩٦١ بأن له هذا الأثر. والمركز القانوني المراد معرفة حكمه هنا ليس هو التعاقد الذي يتم تسجيله فينقل الملكية، بل هو مجرد «التعاقد الناقل للملكية». فليس لنا أن نقول – كما قال أصحاب الرأي الأول – إننا أمام كسب الملكية بالعقد «وهو وضع قانوني مركب ولا يتم تكوينه إلا بتوافر عنصرين: انعقاد العقد صحيحا من ناحية وتسجيله من ناحية أخرى». والصحيح في نظرنا أننا أمام وضع قانوني بسيط وهو «مجرد التعاقد الناقل للملكية». والتسجيل يأتي بعد ذلك، فإن كان هذا التعاقد صحيحا وجب تسجيله إذا طلب صاحب الشأن ذلك. أما الذي لا يجوز تسجيله في أحكام قانون سنة ١٩٦١ فهو التعاقد الصادر في ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو التعاقد غير الثابت التاريخ، إذ أن هذا هو التعاقد الباطل، ومن ثم لا يجوز تسجيله.

ويترتب على ما قدمنا أنه لو أن شخصا يملك ١٢٠ فدانا باع إلى شخص آخر يملك ١٠٠ فدان مقدار ٢٠ فدانا من أرضه بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١، فإن البيع يكون صحيحا ويجوز تسجيله. وتنتقل ملكية العشرين فدانا إلى المشتري فيصبح ما يملكه ١٢٠ فدانا، وتستولى الحكومة على العشرين فدانا عنده هو لا عند البائع.

(١) نقض مدني ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨.

للشخص أن يملك بالاستيلاء – عندما كان ذلك جائزاً – أرضاً مباحة بحيث يصبح مالكاً لأكثر من مائة فدان . إذ الاستيلاء يقوم على نية التملك أو على إرادة المستولى فلا يكون لهذه الإرادة الباطلة أثر .

والأسباب التي لا ترجع إلى إرادة المالك هي كما قدمنا الميراث والوصية والالتصاق والتقادم . فإذا كان الشخص يملك مائة فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان ، صح التملك . ولكن تستولى الحكومة على المقدار الزائد على المائة فدان[1] . وقد منح المالك سنة يستطيع فيها أن يتصرف في المقدار الزائد على المائة فدان ، واشترطت المادة ٢ من قانون سنة ١٩٦١ (على خلاف قانون سنة ١٩٥٢) أن يصدر التصرف إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . فإذا انقضت السنة ، وبقي عند المالك ما يزيد على مائة فدان ، استولت الحكومة على المقدار الزائد[2] .

٤٠٥ – الحد الأقصى لتملك الأسرة للأرض الزراعية : لم يضع قانون سنة ١٩٥٢ حداً أقصى لتملك الأسرة للأرض الزراعية ، فكان يجوز أن تملك الأسرة الواحدة أكثر من مائتي فدان بشرط ألا يملك واحد من أفرادها أكثر من مائتي فدان . والمقصود بالأسرة هنا الزوج والزوجة والأولاد القصر ، أما الأولاد البالغون سن الرشد فلا يحسبون ضمن أفراد الأسرة بهذا المعنى الضيق ، إذ أن من بلغ سن الرشد تصبح له شخصية مستقلة وله حق التصرف

---

(١) انظر في كل ما تقدم الوسيط ٤ فقرة ١٩٩ – فقرة ٢٠١ .

(٢) وقد نصت في هذا المعنى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ (المعدلة بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦١) على أنه « إذا زادت ملكية الفرد عن القدر الجائز تملكه قانوناً بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد ، كان للمالك أن يتصرف في القدر الزائد خلال سنة من تاريخ تملكه . على أن يتم التصرف في هذا القدر إلى صغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف إليهم قرار من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي . وتستولى الحكومة على الأطيان الزائدة نظير التعويض الذي يحدد طبقاً لأحكام هذا القانون ، إذا لم يتصرف المالك خلال المدة المذكورة أو تصرف على خلاف أحكام هذه المادة . وتسرى أحكام هذه المادة بالنسبة للملكية التي تؤول إلى الشخص بالميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون » .

فى أمواله فلا تكون هذه الأموال تحت تصرف أبيه ، ويصلح هو بدوره أن يكون رب أسرة . وعلى ذلك كان يجوز لأسرة مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ، فى ظل قانون سنة ١٩٥٢ ، أن يملكوا ألف فدان ، إذ يجوز لكل من هؤلاء الخمسة أن يملك مائتى فدان . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ يضيف النص الآتى إلى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ : « لا يجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان من تلك الأراضى جملة ما يمتلكه شخص هو وزوجه وأولاده القصر ، إذا آلت الزيادة إليهم أو إلى بعضهم بطريق التعاقد ، على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التى تمت قبل العمل بهذا القانون » .

والنص الجديد يميز بين حالتين :

(الحالة الأولى) إذا زاد مجموع ما تملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن طريق التعاقد معهم أو مع بعضهم . مثل ذلك أن يبيع الزوج لزوجته أو لأحد أولاده بعض أرضه حتى يكون الباقى عنده أقل من ٢٠٠ فدان ، ويشترى هو بعد ذلك ما يكمل أرضه إلى مائتى فدان ، فيزيد مجموع ما تملك الأسرة من الأرض الزراعية على ثلثمائة فدان بمقدار ما اشتراه الزوج أخيرا . فتكون الزيادة آلت فى هذه الحالة عن طريق التعاقد ، وفيها مظنة التحايل . ومثل ذلك أيضاً أن يكون مجموع ما تملكه الأسرة وهى مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ستمائة فدان : للزوج مائتان ولكل من الزوجة والأولاد الثلاثة مائة فدان ، فيشترى الزوج مائة فدان باسم كل من الزوجة والأولاد ، فلا يزيد ما يملك أى فرد من أفراد الأسرة على مائتى فدان ، ولكن مجموع ما تملكه الأسرة يصبح ألف فدان . فإذا كانت عقود البيع تالية لنفاذ قانون سنة ١٩٥٨[1] أو كانت غير ثابتة التاريخ ، فإنها تكون عقودا باطلة ولا يجوز تسجيلها . أما إذا كانت هذه العقود ثابتة التاريخ قبل نفاذ قانون سنة ١٩٥٨ ، فإنها تكون عقودا صحيحة ويجوز تسجيلها ، لأن قانون سنة ١٩٥٨ ليس له أثر رجعى ، بل هو قد نص صراحة على عدم رجعيته إذ يقول كما رأينا : « على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التى تمت قبل العمل بهذا القانون » .

---

(١) أصبح قانون سنة ١٩٥٨ نافذاً فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٨ تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

وكالعقود الناقلة للملكية الأخذ بالشفعة إذا ترتب على الأخذ بها أن يزيد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان ، ولو لم يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزيد ما يملك كل فرد على مائتى فدان .

(الحالة الثانية) إذا زاد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن غير طريق التعاقد . مثل ذلك أن يملك الزوج مائة فدان ، وكل من الزوجة والأولاد الثلاثة القصر خمسين فدانا ، ثم يرث الزوج أو الزوجة أو أحد الأولاد ، أو يوصى له ، أو يملك بالتقادم ، أرضا زراعية أخرى ، فتزيد بذلك مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان . فى هذه الحالة يكون تملك الزيادة صحيحاً لأنه آت عن غير طريق التعاقد أو الشفعة ، بشرط ألا يملك أى فرد من أفراد الأسرة أكثر من مائتى فدان ، فإذا زاد ما يملكه أى فرد على هذا المقدار استولت الحكومة على الزيادة .

ويلاحظ أخيراً أن الحالات التى تمت قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ لا يسرى عليها هذا الحظر ، كما صرح بذلك قانون سنة ١٩٥٨ فيما رأينا . فإذا كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ يزيد على ثلثمائة فدان ، بأن كان الزوج يملك مثلا مائتى فدان وكل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة مائتى فدان ، فإن مجموع ما تملكه الأسرة فى هذا الفرض يكون ألف فدان ، وقد ثبتت هذه الملكية قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ ، فيقرون عليها ، ولا تستولى الحكومة على القدر الزائد على ثلثمائة فدان .

وقد اقتصر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ على إدماج حكمه فى نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٩٦١ ينص على أن يستبدل بنص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ نص جديد ، يقضى بجعل الحد الأقصى لملكية الفرد مائة فدان كما سبق القول . وأغفل إدماج الحد الأقصى لمجموع ما تملكه الأسرة فى أى نص من نصوص قانون سنة ١٩٥٢ ، فأصبح كل من هذا القانون وقانون سنة ١٩٦١ خلواً من أى نص يقيد مجموع ما تملكه الأسرة من الأراضى الزراعية بحد أقصى . وعلى ذلك فلا يكون هناك حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة من الأراضى الزراعية ، إذا كان ما يملكه كل فرد منها لا يزيد على مائة فدان . فلو أن الزوج يملك مائة فدان ، ويملك مائة فدان كل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة : صح ذلك ، إذ أن ملكية كل فرد

من أفراد الأسرة لا تزيد على مائة فدان . وإن كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة خمسمائة فدان(١) .

٤٠٦ — **توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين** : لم يعرض قانون سنة ١٩٦١ لهذه المسألة ، وعلى هذا تبقى نصوص قانون سنة ١٩٥٢ والقوانين التي عدلتها معمولا بها في هذا الصدد . وأهم هذه النصوص هي ما يأتي :

تنص المادة ٩ من قانون سنة ١٩٥٢ على أن « توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض . ويشترط فيمن توزع عليه الأرض : (أ) أن يكون مصريا بالغا سن الرشد ، لم يصدر ضده حكم في جريمة مخلة بالشرف . (ب) أن تكون حرفته الزراعة . (ج) أن يقل ما يملكه من الأرض الزراعية عن خمسة أفدنة . وتكون الأولوية لمن كان يزرع الأرض فعلا مستأجراً أو مزارعا ، ثم لمن هو أكثر عائلة من أهل القرية ، ثم لمن هو أقل مالا منهم ، ثم لغير أهل القرية . ولا يجوز أخذ الأراضي الزراعية التي توزع بالشفعة » . وتنص المادة ١٠ على أنه « استثناء من حكم

---

(١) كذلك يصح ، إذا كان كل من الزوج والزوجة والأولاد الثلاثة القصر لا يملك إلا خمسين فدانا ، أن يشترى أي منهم أو كلهم أراضي زراعية أخرى لا تجعل أحدا منهم يزيد مجموع ما يملكه على مائة فدان ، وإن زاد ما يملكه الجميع على ثلثمائة فدان .

انظر في أن عدم تعيين حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة جاء سهوا لا عمدا إسماعيل غانم فقرة ٩ ص ٢٢ هامش ١ — وانظر أيضاً حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٦٢ ويقول : « ثم اختفى هذا الحكم من هذه المادة عند إعادة صياغتها بمقتضى القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ، ورغم أن الغالب أن هذا الاختفاء كان وليد السهو البحت ، فإن الأصول القانونية السليمة تقضي باعتبار هذا الحكم منسوخا . ومعنى ذلك أنه منذ نفاذ القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لم يعد هناك حد أقصى لجملة ما يمتلكه الشخص وزوجه وأولاده القصر ، فيجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان ولو تمت الزيادة عن طريق العقد ، طالما أن كلا منهم على حدة لا يتملك أكثر من النصاب المشروع للفرد وهو مائة فدان » . وانظر أيضاً في أن المشرع قد ألغى الحد الأقصى لما تملكه الأسرة : منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١ ص ٤٧ — ص ٤٨ .

على أنه قد قيل إن جعل نصاب الأسرة هو نفس نصاب الفرد ، أي مائة فدان ، أمر منتظر « توقعه » خلال مرحلة السنوات الثماني القادمة أي في سنة ١٩٧٠ » .

المادة السابقة توزع الأرض المخصصة للحدائق على خريجي المعاهد الزراعية بعد تجزئتها على صورة لا تخل بحسن الاستغلال ، بحيث لا تزيد القطعة على عشرين فدانا . ويشترط في خريج المعهد الذى توزع عليه الحدائق ألا يزيد ما يملكه من الأرض الزراعية على عشرة أفدنة »[1] .

أما عن الثمن الذى يدفعه صغار الفلاحين للأرض التى توزع عليهم ، فقد نصت المادة ١١ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أن « يقدر ثمن الأرض الموزعة بمبلغ التعويض الذى أدته الحكومة فى سبيل الاستيلاء عليها مضافا إليه ما يأتى : ١ - فائدة سنوية سعرها ١½٪ . ٢ - مبلغ إجمالى قدره ١٠٪ من ثمنها فى مقابل نفقات الاستيلاء والتوزيع والنفقات الأخرى . ويؤدى مجموع الثمن أقساطا سنوية متساوية فى مدى أربعين عاما » . وقد أضيفت إلى المادة ١١ عدة فقرات بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٩ ، أجيز بها لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، إذا رأى أن ثمن الأرض ، مقدرا بحسب التعويض المستحق للمالك ، لا يتناسب مع غلتها الحقيقية ، أن يقدر الثمن على أساس الغلة . وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦١ يقضى بأن يخفض إلى النصف ما لم يؤد من ثمن الأرض الموزعة أو التى توزع على صغار الفلاحين ، كما تخفض الفوائد المستحقة إلى النصف.

وأما عن كيفية التوزيع ، فتنص المادة ١٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٢) على أن « تشكل لجان فرعية تقوم بعمليات الاستيلاء ، وحصر الأراضى المستولى عليها ، وتجميعها عند الاقتضاء ، وتوزيعها على صغار الفلاحين . ويصدر مرسوم بناء على طلب وزير الزراعة بكيفية تشكيل هذه

---

(١) وقد أضاف القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ إلى قانون سنة ١٩٥٢ المادة ١٠ مكررة (وعدلت بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥) ، وتنص على أنه « يجوز للجنة العليا أن تحتفظ بجزء من الأرض المستولى عليها لتنفيذ مشروعات أو لإقامة منشآت ذات منفعة عامة ، وذلك بناء على طلب المصالح الحكومية أو غيرها من الهيئات العامة . ويجوز تأجيل التوزيع فى المناطق التى تحددها اللجنة العليا إذا اقتضت ذلك مصلحة الإنتاج القومى . ومع ذلك يجوز للجنة العليا أن تبيع للأفراد ، بالثمن وبالشروط التى تراها ، أجزاء من الأرض المستولى عليها إذا اقتضت ذلك ظروف التوزيع أو مصلحة الاقتصاد القومى أو أى نفع عام . كما يجوز للجنة العليا أن تستبدل أجزاء من الأراضى المستولى عليها بأراض أخرى ، ولو كان البدل فى مقابل معدل نقدى أو عينى عند اختلاف قيمة البدلين » .

للجان ، وتنظيم العلاقات بينها وبين اللجنة العليا ، وبيان الإجراءات والأوضاع الواجب اتباعها فى عمليات الاستيلاء ، وتقدير قيمة المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار ، والتوزيع ، وما يجب اتخاذه من التدابير لمواجهة فترة الانتقال ما بين الاستيلاء والتوزيع » . وتقضى المادة ١٣ مكررة (والمضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣) بأن « تعتبر الحكومة مالكة للأرض المستولى عليها بقرار الاستيلاء النهائى وذلك من تاريخ قرار الاستيلاء الأول ، ويصبح العقار خالصا من جميع الحقوق العينية ، وكل منازعة من أولى الشأن تنتقل إلى التعويض المستحق عن الأطيان المستولى عليها ، وتفصل فيها جهات الاختصاص » . وتنص المادة ١٤ على أن « تسلم الأرض لمن آلت إليه من صغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المستأجرين ، وتسجل باسم صاحبها دون رسوم . ويجب على صاحب الأرض أن يقوم على زراعتها ، وأن يبذل فى عمله العناية الواجبة »[1] . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٦ على أنه « لا يجوز لصاحب الأرض ، ولا للورثة من بعده ، التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا . ولا يجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سدادا لدين ، إلا أن يكون دينا للحكومة أو دينا لبنك التسليف الزراعى والتعاونى أو للجمعية التعاونية » .

---

(١) وقد أضاف القانون رقم ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥ الفقرتين الثالثة والرابعة إلى المادة ١٤ ، فنص على ما يأتى : « وإذا تخلف من تسلم الأرض عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ، أو تسبب فى تعطيل قيام الجمعية التعاونية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة ١٩ ، أو أخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد أو القانون ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل من نائب بمجلس الدولة رئيسا ومن عضوين من مديرى الإدارات بالهيئة التنفيذية للإصلاح الزراعى . ولها ، بعد سماع أقوال أصحاب الشأن ، أن تصدر قرارا مسببا بإلغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واسترداداها منه ، واعتباره مستأجرا لها من تاريخ تسليمها إليه ، وذلك كله إذا لم تكن قد مضت خمس سنوات على إبرام العقد النهائى . ويبلغ القرار إليه بالطريق الإدارى قبل عرضه على اللجنة العليا بخمسة عشر يوما على الأقل ، ولا يصبح نهائيا إلا بعد تصديق اللجنة العليا عليه . ولها تعديله أو إلغاؤه . ولها كذلك الإعفاء من أداء الفرق بين ما حل من أقساط الثمن وبين الأجرة المستحقة . وينفذ قرارها بالطريق الإدارى . واستثناء من أحكام قانون مجلس الدولة وقانون نظام القضاء ، لا يجوز الطعن بإلغاء القرار سالف الذكر أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه » .

§ ٢ – الاستثناءات

٤٠٧ – الاستثناءات الواردة فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ : نصت المادة ٢ من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢على استثناءات من أحكامه القاضية بألا يزيد ما يمتلكه الفرد من الأراضى الزراعية على مائتى فدان . وهذا هو نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ الذى أضاف الفقرات (د) و(هـ) و(و) إلى المادة :

« استثناء من حكم المادة السابقة » :

« (ا) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان فى الأراضى التى تستصلحها لبيعها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح . »

« (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » .

« (حـ) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقدارا من الأراضى الزراعية يكون ضروريا للاستغلال الصناعى ، ولو زاد على مائتى فدان » .

« (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقدارا من الأراضى الزراعية يكون ضروريا لتحقيق أغراضها ، ولو زاد على مائتى فدان » .

« (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان . على ألا يجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ . ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٥ » .

« (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب

الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزاد على الدائن طبقا للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . ويجوز للحكومة بعد مضى سنة من تاريخ رسو المزاد أن تستولى على الأطيان الزائدة على مائتى فدان بالثمن الذى رسا به المزاد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما أقل . وإلى أن تستولى الحكومة على الزيادة ، يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤ »[1].

« وكذلك يستثنى الوقف» .

وبصدور قانون سنة ١٩٦١ نزل الحد الأقصى لتملك الأرض الزراعية إلى مائة فدان ، فوجب تعديل النص سالف الذكر على هذا الأساس . ويجب أيضاً حذف الاستثناء (ب) الخاص بالأراضى البور والأراضى الصحراوية ، فقد اعتبر قانون سنة ١٩٦١ هذه الأراضى أراضى زراعية تدخل فى حساب المائة فدان الجائز تملكها ، ولا تستثنى منها .

ومن ثم يكون هناك ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦١ ، ستة استثناءات لم يتعرض لها هذا القانون . فتكون باقية : ونبحثها على التوالى فيما يلى .

٤٠٨ – الشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضى الزراعية : رأينا أن المادة ٢ (أ) من قانون الإصلاح الزراعى تجيز « للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان (اقرأ مائة فدان بحسب قانون سنة ١٩٦١) فى الأراضى الزراعية التى تستصلحها لبيعها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح » . وقد تقرر هذا الاستثناء لأن هذه الشركات والجمعيات تستصلح الأراضى البور ولا تستبقيها ، بل تقوم ببيعها للجمهور ، فهى بذلك توسع من رقعة الأرض المزروعة وفى الوقت ذاته تقوم بتوزيع الأراضى المستصلحة على القادرين على زراعتها . ولما كان النص عاما ، فإنه يشمل من جهة ، جميع الشركات والجمعيات ما وجد منها قبل صدور قانون سنة ١٩٥٢ وقانون سنة ١٩٦١ وما سيوجد فى المستقبل ، ويشمل من جهة أخرى الملكيات الزراعية

---

(١) وقد أضاف القانون رقم ٢٤٥ فقرة أخيرة إلى البند (و) نصها فيما يأتى : « على أنه استثناء من هذا الحكم عند نزع الدائن لملكية الأطيان التى سبق له التصرف فيها وفقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فإن مزاد شرائها يرسو على الحكومة بثمن رسو المزاد أو بعشرة أمثال القيمة الإيجارية أيهما أقل » .

الموجودة لدى هذه الشركات والجمعيات الزائدة عن مائتى فدان وما يستجد فى ملكيتها من أراضى زراعية فى المستقبل.

ولما كان استصلاح الأراضى وتوزيعها يحتاج إلى رقابة فعالة ، وقد ذكر النص سالف الذكر أن ذلك يكون « على الوجه المبين فى القوانين واللوائح »، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ يضيف أحكاما إلى المادة ٦ (أ) . ففيما يتعلق باستصلاح الأراضى وتوزيعها . أوجب القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ على الشركات والجمعيات « أن تخطر مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى خلال شهر يناير من كل سنة ، ببيان يشمل مساحة الأراضى التى تم استصلاحها فى السنة السابقة ، وأسماء المتصرف إليهم ، والمساحات المتصرف فيها إلى كل منهم . وفق الشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار من مجلس إدارة الهيئة سالفة الذكر » . ويجب ألا يزيد القدر المتصرف فيه إلى شخص واحد على مائة فدان ، وألا يجعله مالكا لأكثر من ذلك . وفيما يتعلق بالمدة التى يتم فيها التصرف ، يجب أن يكون ذلك فى خلال عشر سنوات من تاريخ العمل بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ ، أو خمس وعشرين سنة من تاريخ فتحة الرى ، أى المدتين أطول . وقد خصص القانون ربع الأراضى التى تستصلحها الشركة أو الجمعية لتوزيعها على صغار الفلاحين ممن يحترفون الزراعة ولا تزيد ملكيتهم على عشرة أفدنة ويوافق عليهم مجلس إدارة الهيئة العامة . وهؤلاء لا يجوز أن يتصرف إليهم بأرض تقل عن فدانين أو تزيد على خمسة . ولا يزيد ثمن الأرض على ما تحدده لجنة التقدير الخاصة بتقدير إيجار الأراضى الزراعية لاتخاذه أساسا لتعديل ضرائب الأطيان .

وإذا خالفت الشركة أو الجمعية هذه الأحكام . كأن انقضت المواعيد التى يجب فيها التصرف فى الزيادة دون أن يقع هذا التصرف ، أو تصرفت إلى شخص واحد بأكثر من الحد المقرر . استولت الحكومة على الزيادة لدى الشركة أو الجمعية ، لا لدى المتصرف إليه فإن التصرف يكون باطلا . فى نظير تعويض يتقرر طبقا لأحكام المادتين ٥ و٦ من قانون الإصلاح الزراعى (عشرة أمثال القيمة الإيجارية مع دفع التعويض عن طريق سندات على الحكومة) .

٤٠٩ — **الشركات الصناعية** : وهذه إما أن تكون موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ ، أو وجدت بعده . فأما الشركات التى كانت موجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى ، فيجوز لها أن تمتلك أراضى زراعية تزيد على الحد الأقصى ، بشرط أن تكون هذه الأراضى ضرورية للاستغلال الصناعى الذى تقوم به الشركة ، كشركة السكر التى تحتاج إلى محصول الأرض من القصب وشركات مستخرجات الألبان التى تحتاج إلى الأرض لتربية الماشية . ولها أن تزيد فى الأراضى الزراعية التى كانت تملكها بما يجاوز الحد الأقصى ، فتحللها من الحد الأقصى لا يقتصر إذن على الأراضى التى تملكها فعلا ، بل يمتد إلى الأراضى التى تملكها فى المستقبل ، كل ذلك مادامت هذه الأراضى ضرورية لاستغلالها الصناعى.

وأما الشركات التى وجدت أو توجد بعد العمل بقانون الإصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ ، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ (أضاف فقرة ثانية إلى المادة ٢ (جـ) من قانون الإصلاح الزراعى) يقضى بأنه لا يجوز لها أن تجاوز الحد الأقصى إلا بترخيص من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى ، ويصدر بهذا الترخيص وبشروطه وأوضاعه قرار من المجلس فى كل حالة على حدة .

٤١٠ — **الجمعيات الزراعية العلمية** : والاستثناء هنا مقصور على الجمعيات الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ كالجمعية الزراعية ، أما الجمعيات التى تنشأ بعد ذلك فلا يشملها الاستثناء ، ولا يصح لها أن تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية . فإذا كانت الجمعية الزراعية العلمية قد أنشئت قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى ، جاز لها أن تجاوز الحد الأقصى ، سواء فى ملكيتها الحالية أو فيما تملكه فى المستقبل ، وذلك حتى تستمر فى طريقها الذى بدأته من السعى فى تحسين الإنتاج الزراعى والحيوانى.

٤١١ — **الجمعيات الخيرية** : والاستثناء هنا أيضاً مقصور على الجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى . فهذه لها أن تمتلك ما يجاوز الحد الأقصى ، على ألا يزيد ذلك على ما كانت تمتلكه قبل صدور

قانون الإصلاح الزراعى . فالاستثناء إذن مقيد من ناحيتين : ناحية الجمعيات الموجودة وناحية المقدار المملوك ، ويتقيدان معاً بما كان موجوداً وقت صدور قانون الإصلاح الزراعى . ولما كانت هذه الجمعيات تسعى إلى عمل الخير ، فقد أراد المشرع تجنيبها أثر المفاجأة فى تطبيق حكم الاستيلاء ، وأتاح لها الفرصة فى تحويل أموالها إلى غير الأراضى الزراعية . وعلى هذه الجمعيات أن تتصرف فى المقدار الزائد على الحد الأقصى — وقد أصبح هذا الحد مائة فدان — ويكون تصرفها وفقاً لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعى ، أى أنها تتصرف لصغار الفلاحين ولخريجى المعاهد الزراعية بشروط معينة وردت فى هذه المادة . وللحكومة ، خلال عشر سنوات (بدلا من خمس وهى المدة التى تقررت لما عدا هذه الجمعيات) أن تستولى على المقدار الزائد على الحد الأقصى ، فى مقابل تعويض يقدر طبقاً لأحكام المادة ٥ (عشرة أمثال القيمة الإيجارية) ، على أن يدفع هذا التعويض للجمعية الخيرية نقداً بدلا من دفعه سندات على الحكومة . ولما كانت مدة عشر السنوات قد انقضت فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ (من ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢) ، فقد استنفد هذا الاستثناء مدته ، ولم يعد له تطبيق عملى فى الوقت الحاضر .

٤١٢ — *الدائن الراسى عليه المزاد* : هناك أحوال يقضى فيها تقنين المرافعات ، فى التنفيذ على العقار ، بإيقاع البيع على الدائن بما قرره من زيادة على الثمن الأساسى أو بالثمن الأساسى نفسه ، وذلك مراعاة لمصلحة المدين والدائنين والائتمان العقارى نفسه . فقد نصت المادة ٦٦٤ مرافعات على أن « تبدأ المزايدة فى جلسة البيع بمناداة المحضر على الثمن الأساسى والمصاريف . وإذا لم يتقدم أحد للمزايدة ، وكان أحد الدائنين قد قرر بالزيادة على الثمن الأساسى وفقاً للمادة ٦٤١ ولم يحصل تعديل فى شروط البيع ، حكم القاضى بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع لذلك الدائن بالثمن الذى قرره ، وعند تعدد المقررين بالزيادة يحكم بإيقاع البيع لصاحب أكبر عرض ، فإذا تساوت العروض حكم بإيقاع البيع لصاحب العرض الأسبق . وإذا لم يتقدم مشتر ولم يكن قد حصل تعديل فى شروط البيع ، حكم القاضى بعد ثلاث دقائق من افتتاح المزايدة بإيقاع البيع على الحاجز بالثمن الأساسى . فإذا لم يتقدم

الحاجز بطلب البيع بالجلسة . وطلبه غيره من الدائنين المنصوص عليهم فى المادة ٦٦٢ ، حكم القاضى بإيقاع البيع على طالبه بالثمن الأساسى . وفى غير الأحوال المتقدمة ، يؤجل البيع إذا لم يتقدم مشتر ، مع تنقيص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك » .

ونرى من النص سالف الذكر أن هناك أحوالا يوقع فيها البيع على الدائن ، إما بما قرره من زيادة على الثمن الأساسى . أو بالثمن الأساسى نفسه . فإذا ما رسا المزاد على هذا الوجه على الدائن فى أرض زراعية ، كان من المحتمل أن تزيد الأراضى الزراعية التى يملكها هذا الدائن . بسبب رسو المزاد ، على مائة فدان . فيصح رسو المزاد بالرغم من هذا . وذلك رعاية للائتمان العقارى ونظراً لحالة الاضطرار التى وجد فيها الدائن .

وللدائن فى هذه الحالة مهلة سنة يبيع فيها المقدار الزائد على المائة فدان لمن يشاء وبالثمن الذى يتفق عليه مع المشترى ، دون تقيد بالبيع إلى صغار الفلاحين أو إلى خريجى المعاهد الزراعية طبقا لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعى .

فإذا انقضت السنة ولم يبع الدائن كل المقدار الزائد أو بعضه ، استولت الحكومة على ما لم يبعه من المقدار الزائد . وتدفع له تعويضاً ، إما طبقا لأحكام المادة ٥ من قانون الإصلاح الزراعى (عشرة أمثال القيمة الإيجارية) ، أو الثمن الذى رسا به المزاد على الدائن ، أى القيمتين أقل . ويكون التعويض نقداً ، لا بسندات على الحكومة[1] .

---

(١) انظر محمد على عرفة فقرة ٢٦٨ ص ٣٥٢ – وفى قانون الإصلاح الزراعى فقرة ٣٦ ص ٧٣ – حسن كيرة فقرة ٨٠ ص ٢٦٨ .

هذا وقد خشى المشرع أن يتحايل المالك ، عن طريق هذا الاستثناء ، على الوجه الآتى : يكون قد تصرف فى الزائد من أرضه لصغار الفلاحين طبقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعى ، ثم يطرح ما سبق له التصرف فيه فى المزاد ، لعجز المشترين عن الوفاء بباقى الثمن أو لتواطئه معهم إن كان البيع صوريا ، ويحكم بإيقاع البيع له . ومتى يرسو عليه مزاد الأرض ، تكون أمامه مهلة سنة كاملة يتصرف خلالها فى الأرض لمن يشاء وبالثمن الذى يتفق عليه مع المشترى ، وذلك دون تقيد ببيعها إلى صغار المزارعين طبقا لأحكام المادة ٤ من قانون الإصلاح الزراعى . فمنعا لهذا التحايل ، صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٥ (يضيف فقرة أخيرة إلى البند (و) من المادة الثانية من قانون الإصلاح الزراعى) ينص على ما يأتى : =

٤١٣ – الوقف : وقد أصبح هذا الاستثناء مقصوراً على الوقف الخيرى، بعد حل الوقف الأهلى بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . وترتب على حل الوقف الأهلى أن آلت إلى الواقف أو إلى المستحقين فى الوقف بحسب الأحوال ملكية الأراضى الزراعية الموقوفة . فإذا كان من وراء ذلك أن زادت ملكية أحد ممن آلت اليه الأراضى الزراعية على الحد الأقصى ، جرى عليه حكم القانون ، واستولت الحكومة على المقدار الزائد طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

أما الوقف الخيرى فقد بقى مستثنى ، ويجوز أن يشتمل على أكثر من مائة فدان دون أن تستولى الحكومة على الزيادة . على أن القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ ، الخاص باستبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة ، قضى بأن تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها ، وذلك لتوزيعها وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى. وتؤدى لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة مقدرة وفقا لقانون الإصلاح الزراعى . ويجوز ، بقرار من رئيس الجمهورية ، وفيما لا يجاوز مائة فدان ، الاستثناء من هذه الأحكام فى كل حالة على حدة ، وذلك بالنسبة إلى الأراضى الزراعية التى يكون النظر عليها لغير وزارة الأوقاف[1] .

= « على أنه استثناء من هذا الحكم ، عند نزع الدائن لملكية الأطيان التى سبقوله التصرف فيها وفقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فإن مزاد شرائها يرسو على الحكومة بثمن رسو المزاد أو بعشرة أمثال القيمة الإيجارية أيهما أقل » .

(١) وهذه هى أهم نصوص القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ ، ويتعلق بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة : م ١ – يستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات الأراضى الزراعية الموقوفة على جهاز البر العامة . م ٢ – تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها ، وذلك لتوزيعها وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى . م ٣ (معدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠) – تؤدى الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشجار مقدرة وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى . وتؤدى قيمة ما يستهلك من السندات إلى المؤسسة الاقتصادية ، كما تؤدى فوائد السندات إلى من له حق النظر على الوقف بمقدار ٣٪ سنويا . ويكون استهلاك هذه السندات خلال ثلاثين سنة على الأكثر . م ٦ – يجوز الاستثناء من هذه الأحكام بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك فيما =

المبحث الثانى

قيود على حق الأجانب فى التملك

٤١٤ — تسلسل القوانين التى تحد من حق الأجانب فى التملك :
لما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، لم يكن للأجانب حق تملك العقارات فيها تبعا لتحريم هذا التملك عليهم فى جميع أنحاء الإمبراطورية العثمانية ثم استقلت مصر استقلالا داخليا تحت حكم أسرة محمد على ، ولما كان محمد على قد درج على تشجيع الأجانب وحثهم على توسيع نشاطهم الحضارى والعمرانى فى داخل البلاد ، فقد منحهم حق تملك الأراضى المصرية منذ بداية القرن التاسع عشر . بل كان يمنح بعض الأجانب « أبعاديات » وهى أراض غير منزرعة ، ويعفى هذه الأراضى من الضريبة تشجيعا على استصلاحها . وفى عهد سعيد صدر أمر عال فى سنة ١٨٥٨ ببيع الأراضى الخراجية التى تركها المنتفعون بها حتى لا يدفعوا الخراج ، وكان للأجانب حق شراء هذه الأراضى شأنهم فى ذلك شأن المصريين . ثم سمح سعيد فى سنة ١٨٦١ للأجانب بوضع اليد على الأراضى الخراجية اللازمة لإقامة محالج الأقطان . ولذلك لما صدر قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية (سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، وهو القانون العثمانى الذى يبيح للأجانب تملك العقار فى أراضى الدولة العثمانية ، كان الأجانب فى مصر قد تمتعوا بهذا الحق منذ وقت طويل .

وبعد أن انتشر العمران فى البلاد وأصبح المصرى قادرا على استغلال الأرض على خير وجه ، وضاقت رقعة الإقليم عن أن تتسع للمصريين الذين يتزايدون كل يوم بسرعة تفوق المألوف ، بدأ النظر إلى المسألة من زاوية أخرى . فالأرض هى الإقليم الذى تبسط عليه الدولة سيادتها ، ومالك الأرض

= لا يجاوز مائة فدان فى كل حالة على حدة بالنسبة إلى الأراضى الزراعية التى يكون النظر فيها لغير وزارة الأوقاف .

وانظر فيما يتعلق بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاصة القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ .

يتمتع بحقوق واسعة . فأصبح من المرغوب فيه أن تضيق حقوق الأجانب فى تملك الأرض المصرية ، وانبنى على ذلك أن صدرت قوانين متلاحقه تحقق هذا الغرض .

وأول قانون صدر فى هذا الشأن هو الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ وتلاه القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وهما خاصان بمنع تملك الأراضى الصحراوية . وصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، يمنع الأجانب فى المستقبل من تملك الأراضى الزراعية ، صحراوية كانت أو غير صحراوية . وصدر أخيراً القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وقد حل محل القانون السابق ، ويمنع الأجانب بتاتا من تملك الأراضى الزراعية ، سواء عن الماضى أو فى المستقبل[١] . ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه القوانين[٢] .

٤١٥ — الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ : كانت أغراض الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ أغراضا حربية بحتة ، وقد صدر فى أوائل الحرب العالمية الثانية . ولم يتناول إلا الأراضى الصحراوية ، وهى أراض خارج الزمام تقع فى حدود البلاد المصرية . فمنع هذا الأمر العسكرى الأجانب من تملك هذه الأراضى أو كسب حقوق عينية عليها . أما بالنسبة إلى المصريين ، فلابد من إذن سابق من الحكومة[٣] . ومد

---

(١) انظر فى ذلك عز الدين عبد الله فى القانون الدولى الخاص الطبعة السابعة فقرة ٢٠٤ .

(٢) ونقتصر هنا على الحد من حق الأجنبى فى تملك العقار . وقد ورد فى المنقول ، فى المادة الأولى من قانون التجارة البحرى ، أنه « لا يجوز أن يكون مالكا لجميع سفينة رافعة العلم المصرى ولا لبعضها ، ولا أن يكون عضوا فى أى شركة لتشغيل سفينة رافعة العلم المذكور . إلا من كان من رعايا الدولة العثمانية » . فامتنع بذلك على الأجنبى أن يتملك سفينة ترفع العلم المصرى .

(٣) تنص المادة الأولى من هذا الأمر العسكرى على أن « يحظر على كل شخص طبيعى أو معنوى أجنبى الجنسية أن يمتلك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا بأحد الأقسام التى تقوم على إدارتها مصلحة الحدود ، ويسرى هذا الحظر كذلك على الوقف على أجنبى ، وتقرير حقوق عينية له . وتحدد بأمر فى الأقسام المذكورة المناطق التى لا يمتد إليها الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأولى . كذلك يكون تعديل المناطق المذكورة أو تعديل حدودها بأمر » . وتنص المادة الثانية منه على أنه « فى الجهات التى يسرى عليها الحظر المشار إليه فى المادة الأولى ، يجب ، فى كل تملك لعقار بأى طريق عدا الميراث لمصلحة شخص طبيعى أو معنوى مصرى الجنسية ، وفى الوقف عليه وتقرير حقوق عينية له . أن يؤذن فيه مقدما من وزير الدفاع الوطنى . ويجوز =

العمل بأحكام هذا الأمر العسكرى بموجب المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .

ولما أخذت أهمية الأراضى الصحراوية تزداد يوما بعد يوم نتيجة للمشروعات العمرانية ، وكان للمناطق التى تقع فيها هذه الأراضى أهمية استراتيجية عسكرية ، وكان لتنظيم التملك فى هذه المناطق أهمية أخرى من ناحية منع التهريب الذى يباشره كثيرون ويتخذون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم ، صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية . وقد حظرت المادة الأولى منه على أى شخص طبيعى أو اعتبارى أن يتملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا بإحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، كما حظرت تقرير أى حق من الحقوق العينية على هذه العقارات ، أو إبرام عقود إيجار فى شأنها تزيد مدتها على تسع سنوات . ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها هذا الحظر ، كما له أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير إلا لمدة لا تزيد على تسع سنوات وبترخيص من لجنة نص عليها فى المادة ١٢ من هذا القانون . وقضت المادة الثانية من القانون بأنه استثناء من هذا الحظر ، يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير ولو لمدة أزيد من تسع سنوات ، بعد أخذ رأى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٢ . وللوزير الحق فى رفض الترخيص دون إبداء الأسباب ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام أية جهة . وتقضى المادة الثالثة بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام .

ولم يكن لهذا القانون أثر رجعى ، فأقر الملاك السابقون على صدور القانون على حقوقهم المكتسبة ، وجعل لشاغلى الأراضى بالبناء أو الغراس الذين لا يعتبرون ملاكا الأفضلية على غيرهم فى حالة الترخيص بالشراء أو الاستئجار. ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان بين القوانين التى ألغاها

= رفض هذا الإذن ، خصوصا فى حالة ما إذا كان المشترى شخصا معنويا تحت إشراف سلطة أجنبية ، أو إذا وجدت أسباب جدية تدعو للاعتقاد بأنه يعمل لصالح غيره » .

رحل محلها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ التى نحن بصدده . وقد سبق الكلام تفصيلا فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤[1] .

٤١٦ – **القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١** : ولكن القانون الذى هدف بطريق مباشر إلى الحد من حق الأجانب فى تملك الأراضى المصرية هو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، بعد أن تبين بحسب إحصائية سنة ١٩٤٦ أن الأجانب يملكون من الأراضى الزراعية ما يبلغ مقداره ٣٥٧١٩٢ فدانا ، عدا ما لهم من حقوق عقارية (من رهن واختصاص وامتياز) على جزء كبير من الأراضى المملوكة للوطنيين . وقد بلغ ، فى هذا الإحصاء ، عدد الملاك (عدا الوقف) الذين يملكون أكثر من ألفى فدان خمسة وثلاثين مالكا ، منهم سبعة عشر (أى نحو النصف) من الأجانب . فصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ على أن يعمل به من يوم نشره فى الجريدة الرسمية . وقد نشر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥١.

وقد نصت المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادتين الأولى والثانية من الأمر رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ الذى استمر العمل به بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بشأن تملك العقارات فى أقسام الحدود ، يحظر على غير المصريين ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالمملكة المصرية . ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع » . فالأشخاص المحرم عليهم التملك هم غير المصريين ، سواء كانت لهم جنسية أجنبية أو كانوا مجهولى الجنسية أو كانوا عديمى الجنسية ، وسواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين . والعقارات الممنوع تملكها هى الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى البور والأراضى الصحراوية[2] ، وذلك كله سواء كان ملكية تامة أو حق رقبة أو حق انتفاع . ويحرم التملك بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، فيما عدا الميراث أو الوصية من أجنبى لأجنبى . فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقاً ، ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب هذا البطلان . وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء

---

(١) انظر آنفا فقرة ٨٩ – فقرة ٩٢ .

(٢) فلم يعد للأجنبى إلا حق تملك العقارات المبنية والأراضى المعدة للبناء .

نفسها . وكذلك تبطل الوصية الصادرة من مصرى إلى أجنبى بطلانا مطلقا ، ولا يجوز للأجنبى الميراث من المصرى ، كما لا يجوز للأجنبى أن يتملك الأراضى البور والأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، ولو بنى فيها أو غرس ، ولو رخصت له الحكومة فى وضع اليد . ولا يجوز للأجنبى أن يأخذ بالشفعة ، ولا أن يتملك بالتقادم ولو بدأ سريان التقادم من قبل العمل بالقانون مادام التقادم لم يتم .

وقد نصت المادة ٢ من القانون سالف الذكر على أنه « استثناء من حكم المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية الأراضى الزراعية فى الأحوال الآتية : (أ) إذا آلت اليه بطريق الإرث أو الوصية من أجنبى. (ب) إذا كانت موقوفة ، وآلت إليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيه (ج) إذا كان غير المصرى له حق امتياز البائع ، ورسا عليه مزاد الأرض التى له عليها هذا الحق بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (د) إذا كان غير المصرى شركة مساهمة تقوم بالأعمال المصرفية ، وكانت مرتهنة ورسا عليها مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (هـ) إذا كان غير المصرى دائنا مرتهنا قبل العمل بهذا القانون ، ورسا عليه مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات . (و) الأراضى الداخلة فى نطاق المدن المحددة بمرسوم » .

ولما كان هذا القانون ليس له أثر رجعى ، فقد بقى للأجانب ما كانوا يملكونه من أراض زراعية قبل العمل بالقانون . وهى أراض واسعة كما رأينا . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ يلغى القانون الذى نحن بصدده ، ويحرم على الأجانب تملك الأراضى بتاتا ، حتى بالنسبة إلى الماضى .

٤١٧ — القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ : صدر هذا القانون فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ ، وعمل به من وقت نشره بالجريدة الرسمية فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . وجاء فى مذكرته الإيضاحية : « صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية . ولا تسرى أحكام هذا القانون بالنسبة للأراضى التى تملكها الأجانب قبل العمل به . ومن جهة أخرى فقد استثنى هذا القانون

عدة حالات أجيز فيها للأجانب تملك الأراضي الزراعية ، حتى بعد العمل بأحكامه . وقد كان ذلك سببا في إضعاف أثر هذا القانون ، وعدم تحقيق الغرض منه كاملا . ورغبة في تلافي النقص الوارد بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ . واستكمالا لسيادة الدولة . وتحقيقا لسياستها الاشتراكية في توزيع الأراضي على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم ، أعد مشروع القانون المرافق ... » .

وتنص المادة الأولى من القانون على أن « يحظر على الأجانب ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ، تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة الزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة . ويشمل هذا الحظر الملكية التامة ، كما يشمل الرقبة أو حق الانتفاع . ولا تعتبر أرضا زراعية ، في تطبيق أحكام هذا القانون ، الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلاد التي تسري عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان . ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون موقتا » . ويخلص من هذا النص أن الأشخاص المحظور عليهم تملك الأراضي الزراعية في مصر هم الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أو أشخاصا معنويين ، ويدخل في ذلك من له جنسية أجنبية معلومة ومن كان مجهول الجنسية ومن كان عديم الجنسية[1] . ولا يستثنى من الأجانب إلا الفلسطينيون ، والاستثناء موقت إلى أن يرجعوا إلى أراضيهم الأصلية التي سلبوا منها . أما الأراضي التي يتناولها الحظر ، فهي الأراضي الزراعية وما في حكمها من أراض قابلة للزراعة وأراض بور وأراض صحراوية ، وذلك كله ملكية تامة أو رقبة أو حق انتفاع . ولا تدخل الأراضي الداخلة في نطاق المدن والبلاد التي تسري عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وهو القانون الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء ، وذلك إذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان . فهي إذن الأراضي المبنية والأراضي المعدة للبناء في داخل المدن والتي يسري عليها القانون الخاص بتقسيم الأراضي ، أما الأراضي المقام

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا المعنى : « من المفهوم أن المقصود بالأجانب في تطبيق أحكام هذا القانون هم جميع من لا يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

عليها مبانى القرية وجعلت سكنا للفلاحين ومكانا لإيواء مواشيهم وحفظ حاصلاتهم فهذه تعتبر من ملحقات الأراضى الزراعية وتأخذ حكمها من حيث عدم جواز تملك الأجانب لها[1] . ويحرم على الأجنبى تملك الأرض الزراعية بأى سبب من أسباب التمليك . فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً . وقد نصت المادة العاشرة من القانون على أن « يقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله ، ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » . وكذلك لا يجوز للأجنبى أن يملك بالاستيلاء الأراضى الصحراوية . ولو أخذ ترخيصا بوضع اليد عليها . ولا يجوز للأجنبى أن يرث أرضا زراعية . كما لا يجوز أن يوصى له بها وتكون الوصية باطلة . ولا يملك الأجنبى أرضا زراعية بالتقادم : إذا كانت مدة التقادم قد تمت بعد العمل بالقانون ولو بدأ سريانها قبل ذلك . ولا يجوز إيقاع البيع فى أرض زراعية لأجنبى بالتطبيق لأحكام المادة ٦٦٤ مرافعات . ولكن يجوز للأجنبى أن يرتهن أرضا زراعية . وأن يأخذ عليها حق اختصاص ، وأن يكون له عليها حق امتياز ، بشرط عدم إيقاع البيع عليه عند التنفيذ على الأرض .

وتنص المادة الثانية من القانون على أن «تؤول إلى الدولة ملكية الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون ، بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها . ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه ، مالم تكن صادرة إلى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ من ديسمبر سنة ١٩٦١ » . وهذا النص جوهرى فى القانون ، فهو الذى يجعل القانون ذا أثر رجعى : فيسرى على الأراضى الزراعية التى كانت مملوكة للأجانب وقت العمل به . أى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . فتؤول ملكية هذه الأراضى للدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين : وبمجرد

---

(١) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة ١٥ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام المجلس بالدولة ١٢ و١٣ ص ٩٣ .

كل أجنبي من ملكية أراضيه الزراعية . وبذلك يكون قانون سنة ١٩٦٣ قد أحدث انقلابا جوهريا فى تملك الأجانب للأراضى الزراعية فى مصر ، قصر عن تحقيقه قانون سنة ١٩٥١ . ولم يعد الآن لأحد من الأجانب أرض زراعية يملكها فى مصر . ولما كان تصريح رسمى قد صدر فى يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ بعزم الحكومة على إصدار قانون سنة ١٩٦٣ ، ومضى أكثر من سنة قبل أن يصدر هذا القانون ، فقد أخذ كثير من الأجانب فى بيع أراضيهم الزراعية لمصريين توقعا لصدور القانون . ولهذا نصت المادة الثانية كما رأينا على أنه « لا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه . ما لم تكن صادرة إلى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ » . فالتصرفات الصادرة من المالك الأجنبي لا يعتد بها إذن إلا إذا توافر فيها شرطان : (١) أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ : إذ التصرفات التى صدرت بعد ذلك أو كانت غير ثابتة التاريخ يفترض القانون أنها صدرت تحايلا على قانون سنة ١٩٦٣ . (٢) أن يصدر التصرف لمصرى ، ومعنى ذلك أن التصرف إذا صدر لأجنبي لا يعتد به . ولو كان ثابت التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ . وهذا خطأ واضح ، فمثل هذا التصرف يعتد به لا محالة ، ويستولى على الأرض الزراعية المتصرف فيها عند الأجنبي المتصرف له . ومن ثم لا يكون هناك داع لهذا الشرط الثانى . بل هو غير صحيح كما قدمنا ، ويكتفى بالشرط الأول .

وتقضى المادة ٤ من القانون بأن يؤدى إلى المالك الأجنبي ، الذى أخذت منه أراضيه الزراعية وآلت إلى الدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى . تعويض يقدر وفقا لأحكام هذا القانون الأخير . أى عشرة أمثال القيمة الإيجارية معتداً بالضريبة السارية فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ . وتقضى المادة ٥ من القانون بأن يؤدى التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة بفائدة مقدارها ٤ ٪ سنويا . وتكون السندات قابلة للتداول فى البورصة ، ولا يجوز التصرف فيها لغير المصريين .

ونصت المادة ٦ من القانون على أنه « إذا كانت الأرض مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة التعويض لمالكها ما يعادل جملة

الدين المضمون بهذا الحق فى حدود التعويض . وللحكومة إذا لم تحل محل المدين فى الدين أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ... » .

وتوجب المادة ٧ من القانون على كل مالك خضع له أو من يمثله قانونا تقديم إقرار بما يملكه أو يضع يده عليه . وتنص المادة ١١ من القانون على أنه « يجب على الجهات الحكومية أن تبلغ الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بكل حالة تؤول فيها ملكية أراض زراعية أو ما فى حكمها إلى أجنبى بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون . كما يلتزم من تلقى الملكية من الأجانب بتقديم الإقرار المنصوص عليه فى المادة ٧ خلال شهر من تاريخ علمه بقيام سبب الملكية . وتستولى الحكومة فى هذه الحالة على تلك الأراضى ، مقابل التعويض المقرر وفقا لأحكام هذا القانون » .

وقضت المادة ١٢ من القانون بإلغاء القانون السابق عليه ، وهو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ .

ونرى من ذلك أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد جعل الحكومة تستولى على الأراضى الزراعية المملوكة للأجانب فى مقابل تعويض ، وقد سلمت هذه الأراضى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتوزيعها على صغار الفلاحين ، وأجرى كل ذلك وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى . ولم يعد الأجنبى صالحا لتملك أرض زراعية فى مصر ، فقد جرد مما كان يملكه منها فى الماضى ، وحرم عليه أن يتملك غيرها فى المستقبل .

الفصل الثانى

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

٤١٨ — تصنيف هذه القيود : ترجع هذه القيود بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك . فهناك قيد عام يلزم الجار بألا يستعمل ملكه بحيث يضر بجاره

ضرراً غير مألوف . وهذا ما نبحثه فى الفرع الأول من هذا الفصل . ثم هناك حالات خاصة فى الجوار . وهذا ما نبحثه فى الفرع الثانى .

وهذه الحالات الخاصة هى (أولا) حالات ترجع إلى الرى والصرف ، من شرب ومجرى ومسيل . وهذه هى موضوع المبحث الأول من الفرع الثانى . (ثانيا) حالات ترجع إلى التلاصق فى الجوار ، وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات . وهذه هى موضوع المبحث الثانى من نفس الفرع[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بيانا لهذه القيود : « فالقيود القانونية ... قد تكون قيود اقتضتها التزامات الجوار ، وهى التزامات قررها القضاء المصرى متاثراً فيها الشريعة الإسلامية ، وقننها المشروع على الوجه الذى قرره القضاء . وقد تكون ما يسميه التقنين الحالى (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق إلى المكان الذى ينبغى أن توضع فيه بين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية . وهى قيود متنوعة ، منها ما يرجع إلى الانتفاع بالمياه . وقد عنى المشروع بتنظيم هذه القيود العناية التى تنبغى لبلد زراعى ... وقد أدمج المشروع أحكام التقنين المدنى (السابق) والأحكام الأساسية للائحة الترع والجسور ، واستخلص من كل هذا نصوصا موحدة . بدأت بتقرير حق المالك على المساق والمصارف الخاصة ، ولكنه قيدت هذه الملكية تقييداً هاما فى مصلحة الجار . فقررت حق الشرب للملاك المجاورين ، وأجازت لهم أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك للجار فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف بعد أن يستوفى المالك حاجته . ثم قرر المشروع حق المجرى للمياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك حق المسيل لمياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة ، ... ، وعالج ما ينجم عن هذه الحقوق من ضرر ، فقرر حق التعويض إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها . ووحد جهة الاختصاص التى تفصل فى هذه المسائل ، فجعلها الجهات الإدارية المبينة فى لائحة الترع والجسور ، بعد أن كان الاختصاص مشتركا بينها وبين المحاكم — ومن القيود القانونية ما يرجع إلى حق المرور ، ولا يقرر التقنين الحالى (السابق) هذا الحق إلا لأرض لا اتصال لها أصلا بالطريق العام ، أما المشروع فيقرره أيضاً لأرض لها اتصال بالطريق العام ولكن بممر غير كاف . ثم يضع قيدا معقولا ، إذ يقرر أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء ... ومن القيود القانونية ما يرجع إلى التلاصق فى الجوار . وقد رتب المشروع على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق فى إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ... ومما يترتب أيضا على التلاصق فى الجوار ألا يكون للجار على جاره مطل على مسافة تقل عن متر ، وقد أخذ المشروع عن التقنين الحالى (السابق) هذا الحكم . وزاد عليه أن منع المطل المنحرف على مسافة تقل عن نصف متر ، ونص صراحة على أن المناور يباح فتحها على أية مسافة ، وحسم خلافا فى كسب المطل بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ — ص ٨) .

وقد سبق أن بحثنا . فى عقد الإيجار ، حقوق مستأجرى الأماكن ، ومستأجرى الأراضى الزراعية . وليست هذه الحقوق إلا بمثابة قيود ترد على الملكية ، ويزداد عبؤها كل يوم .

الفرع الأول

القيود التى ترجع إلى الجوار بوجه عام(*)

(مضار الجوار غير المألوفة)

٤١٦ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨٠٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على المالك ألاّ يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار » .

« ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة

(*) مراجع : **Ihering** فى القيود المفروضة على ملاك العقارات لمصلحة الجيران : الأعمال المختارة ترجمة **Meulenaere** سنة ١٨٩٣ جزء ٢ ص ١٠١ وما بعدها — **Vercesco** فى دراسة عامة فى القيود التى ترد على حق الملكية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — **Ripert** فى استعمال حق الملكية فيما يتعلق بالملكيات المتجاورة رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — **Farge** فى الجوار فى الأحياء الصناعية رسالة من جرينوبل سنة ١٩٢٣ — **Demogue** فى الالتزامات بوجه عام سنة ١٩٢٤ الجزء الرابع ص ٣٩٦ وما بعدها — **Leyat** فى المسئولية فى علاقات الجيران رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ — مازو فى المسئولية المدنية الطبعة الرابعة الجزء الأول فقرة ٥٩٣ وما بعدها — **Savatier** فى المسئولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول سنة ١٩٥١ فقرة ٧٠ وما بعدها . **Capitant** فى التزامات الجوار فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ١٥٦ وما بعدها وص ٢٢٨ وما بعدها — وتعليقه فى داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ٤٩ — **Apert** فى حقوق المالك قبل جيرانه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٧١ وما بعدها — وتعليقه فى سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ٤١ — **Ripert** تعليقه فى داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥ — **Crouzel** فى دراسات فى المسئولية المدنية فى **Rev. gen. dr.** سنة ١٩١٩ ص ٢٠ وما بعدها وص ٢٦٩ وما بعدها وسنة ١٩٢٠ ص ١٤٠ وما بعدها .

إلى الآخر . والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق»[١].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان يطبق هذه الأحكام ، مقتفيا فى ذلك أثر القضاء الفرنسى ، ومهتديا بأحكام الشريعة الإسلامية [٢] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٧٦ – وفى التقنين المدنى الليبي م ٨١٦ – وفى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٩ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « للمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يقاضى الحائز لهذه العين حتى يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الخطر ، دون إخلال بحقه فى التعويض . وللمالك أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة فى النزاع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد حذف هذه الفقرة الثالثة اكتفاء بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٨٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨ – ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا نص جوهرى فى المشروع يقرر التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية . وهى الآن (فى التقنين المدنى السابق) التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصرى ، قررها مهتديا فى تقريرها بالشريعة الإسلامية ، فقننها المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الإسلامية معاً . فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١) .

وانظر فى أحكام القضاء المصرى : محكمة استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ١٣٢ ص ٢٠١ – الإسكندرية الوطنية ٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧١ ص ٧٥٣ – استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ – ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١ – ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ – ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ – وانظر مناقضا لذلك : استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ – ٢٢ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٧ .

وانظر فى الشريعة الإسلامية : م ٥٧ – ٦٣ مرشد الحيران – وم ١١٩٥ – ١٢٠٩ مجلة الأحكام العدلية .

العراقى م ١٠٥١ – ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[1].

والنص كما نرى يعرض لمضار الجوار غير المألوفة ، ويوجب مسئولية المالك عنها . ومن هنا كان التزام المالك بألا يحدث ضررا غير مألوف لجاره قيداً يرد على حق الملكية ، وهو أقرب إلى أن يكون التزاما عينيا (obligation réelle) لأنه يرافق الملك وينتقل معه أين ذهب[2] .

ونحدد أولا حالة مضار الجوار غير المألوفة ، لتمييزها عن غيرها من الحالات التى تلتبس بها . ونبحث بعد ذلك تقدير الضرر غير المألوف ، والأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه ، وكيف يكون هذا التعويض .

المبحث الأول

تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٠ – وجوب التمييز بين حالات ثلاث : حتى نحدد حالة مضار

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥١ : ١ – لا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه تصرفا مضراً بالجار ضرراً فاحشا . والضرر الفاحش يزال ، سواء كان حادثا أو قديما . ٢ – وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع . ٣ – وإذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا ، فجاء آخر وأحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » .

(وأحكام هذا النص تتفق فى مجموعها مع أحكام نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن النص لا تتعارض أحكامه مع القواعد العامة) .

وقد ورد فى المادة ٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ما يأتى : « يتحتم على كل صاحب عقار يريد أن يباشر فى أرضه أعمالا من شأنها أن تلحق ضررا بالأراضى المجاورة ، كالنقب والسبر والحفر وإقامة مشروعات حطرة أو مزعجة أو مضرة بالصحة ، أن يتقيد بالأنظمة المحلية التى تحدد المسافة الواجب حفظها بينه وبين تلك الأراضى ، أو تعين الحواجز الواجب إقامتها بينهما » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٠٠ .

الجوار غير المألوفة تحديداً دقيقاً . فلا تلتبس بغيرها من الحالات التي تقرب منها . يجب أن نميز بين حالات ثلاث : (١) حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . (٢) حالة التعسف في استعمال حق الملكية . (٣) حالة مضار الجوار غير المألوفة(١) .

§ ١ – الخطأ فى استعمال حق الملكية

٤٢١ – مخالفة المالك للقوانين واللوائح : قدمنا أن حق الملكية ليس حقا مطلقاً ، وأن المالك فى استعماله إياه يجب أن يعمل فى حدود القوانين واللوائح التى تقيد من حق الملكية . فإذا هو أخل بأى التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح ، كان الإخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

فإذا أدار المالك مثلا محلا مقلقا للراحة أومضراً بالصحة أوخطراً ، دون أن يحصل على رخصة فى إدارته ، ودون أن يراعى الاشتراطات التى أوجبتها اللوائح فى هذا الشأن ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ . فإذا ترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق جيرانه ، كان عليه أن يعوض هذا الضرر وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . وكذلك إذا أدار محلا عاما دون أن يراعى الأحكام التى فرضتها اللوائح فى هذا الشأن ، أو ركب آلة بخارية دون أن يحصل على رخصة إدارية مخالفا بذلك أحكام اللوائح ، وتسبب عن المحل العام أو عن الآلة البخارية ضرر للجيران ، وجب عليه تعويض هذا الضرر طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية . وإلى هنا لا يوجد جديد ، فنحن فى نطاق القواعد العامة نطبقها تطبيقاً كاملا على المالك إذا أضر جيرانه فى استعمال ملكيته .

٤٢٢ – ارتكاب المالك خطأ : وقد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين

---

(١) ويلاحظ أن هذه الحالات الثلاث ليست مقصورة على حق الملكية ، بل هى حالات عامة تشمل الملكية وغيرها . فالخطأ يتناول المسئولية التقصيرية ، والتعسف فى استعمال حق الملكية هو فرع عن التعسف فى استعمال الحق بوجه عام ، ومضار الجوار غير المألوفة تشمل المالك والمنتفع والمستأجر وغيرهم من الجيران . ولكننا نقتصر هنا على تطبيق هذه الحالات على حق الملكية دون غيره .

والروائح إذا وجدت . ومع ذلك قد يرتكب خطأ تقصيرياً فى استعماله لملكه، وذلك بأن ينحرف فى هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد . فإذا تسبب عن هذا الانحراف أن أضر بجاره ، فإنه يكون مسئولا مسئولية تقصيرية فى حدود القواعد العامة .

مثل ذلك أن يهمل فى تجنيب جاره خطر الحريق ، فيشعل النار وهو فى ملكه ، وقد تكون حرفته التى يمارسها فى المكان الذى يملكه تقتضى إشعال النار . فينبعث منها شرر إلى الجار ، يكون سبباً فى إحداث حريق عنده[1] . ومثل ذلك أيضاً أن يحدث ضجيجاً فى الدار التى يملكها ، وكان فى وسعه ألا يحدث هذا الضجيج ولا هو فى حاجة إليه ، فيقلق راحة جاره بهذا الضجيج . ومثل ذلك أخيراً أن يستعمل المكان الذى يسكنه ، وهو دار للسكنى فى حى هادئ ، مكاناً للرقص والحفلات الصاخبة ، فينحرف بذلك عن سلوك الشخص المعتاد ، ويكون مسئولا نحو جيرانه الذين أقلق راحتهم بهذا الصخب . وكذلك الحال فى أى تصرف للمالك ينحرف فيه عن سلوك الشخص المعتاد ، فيصيب جاره بالضرر ، فإنه يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر مهما كان ضئيلا ، وذلك طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية[2] .

وإلى هنا أيضاً لا يوجد شىء جديد ، فالمالك قد ارتكب خطأ بانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد ، فأضر بالجار . فيكون مسئولا عن تعويض أى ضرر يصيب الجار ، مهما ضؤل هذا الضرر ، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية[3] .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ – ١ – ٥٣ – ٧ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٥٠٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ – ١ – ١٤٥ – ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ – ١ – ٢٣٩ – ١٦ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ٥ – ٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يرتكب خطأ إذا استعمل فى حى قديم متداعية مبانيه طريقة حديثة فى البناء ، من شأنها أن تحدث هزات شديدة تترتب عليها زعزعة المبانى المجاورة (استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٥) .

(٣) ولا جديد أيضاً فيما نصت عليه المادة ١٧٧/١ مدنى من أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت –

§ ٢ – التعسف فى استعمال حق الملكية

٤٢٣ – صور التعسف فى استعمال حق الملكية : يتحقق التعسف فى استعمال حق الملكية ، كالتعسف فى استعمال أى حق آخر ، فى صور ثلاث نصت عليها المادة ٥ مدنى إذ تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة[1] » .

٤٢٤ – قصد الإضرار بالغير : هذه هى أول صورة من صور التعسف ، وهى أكثر الصور وضوحا . فلو أن المالك ، وهو يستعمل حق الملكية ، كان الدافع له على ذلك هو إحداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك ، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسئوليته .

= أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » . فالمسئولية هنا قائمة على خطأ ذى شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك . فعلى المضرور أولا أن يثبت أن الضرر الذى أصابه نجم من تهدم البناء ، فإذا ما أثبت ذلك ، كان على حارس البناء حتى يدفع مسئوليته أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . وهو يستطيع ذلك بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، وهذا هو الشق المفروض فرضاً قابلا لإثبات العكس كما نرى . فإذا لم يستطع أن ينفى هذا الشق ، بقى مفروضا فى جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفروضا ، ولكن الفرض هنا غير قابل لإثبات العكس ، ويعتبر الإهمال فى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوب إلى خطأ الحارس (انظر الوسيط ١ فقرة ٧٢١) . والمسئولية هنا تقوم فى جانب الحارس لا المالك ، ولكن الكثرة الغالبة من الأحوال أن يكون الحارس هو عين المالك . ثم تنص المادة ٢/١٧٧ مدنى على ما يأتى : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » . وهنا المسئول عن اتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر هو المالك (قرب الفقرة الثالثة التى حذفت من نص المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٧ مدنى : انظر آنفاً فقرة ٤١٩ فى الهامش) .

(١) انظر أنور سلطان فى نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية مجلة القانون والاقتصاد ١٧ ص ٧١ وما بعدها .

مثل ذلك أن يغرس المالك أشجاراً فى أرضه ، بقصد حجب النور عن جاره . ويؤخذ قرينة على قصد المالك الإضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الجار ، فيعتبر متعسفا المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له[1] . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض[2]. وإذا أقام المالك فى ملكه مدخنة لا نفع له منها ، وإنما قصد بها إيذاء الجار ، فإنه يكون متعسفاً[3] أما إذا أقامها لنفع منها يقصده ، ولكنه وضعها فى مكان يؤذى به الجار وكان يمكن تجنب هذا الأذى لو أنه أقامها فى مكان آخر ، فإنه لا يكون متعسفاً ، ولكنه يكون قد ارتكب خطأ فى استعمال حق ملكيته إذ انحرف فى هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد[4] .

٤٣٥ — رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا : وهذه الصورة الثانية من صور تعسف المالك فى استعمال حق ملكيته لا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الإضرار بالجار ، ولكن يثبت أن « المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . ومن يفعل ذلك « فهو إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس

---

(١) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ – ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ – استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٩ ص ٧٢٣ – مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يكون قد أساء استعمال حقه إذا أقام فى حدود ملكه بناء تصل قمته إلى نصف ارتفاع الطبقة التالية من عقار الجار ، وكان ذلك لمجرد مضايقة هذا الجار (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٢٥٢) . وقضى بأنه لا حق للجار فى مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من الضرر بسبب ظل أشجاره ، إلا إذا ثبت أن صاحب الشجر تعمد بغرسه الإضرار به أو أهمل فى اتباع الأصول الزراعية ، وفى غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التى لا مفر للجيران من التسامح فيها (الزقازيق الجزئية ٢٢ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١١٢ ص ٢٢٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٢٢٢ ص ١٦٩ – Colmar ٢ مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٦ – ٢ – ٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ نوفبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ –

من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفى الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يستوجب مسئوليته »[1] .

مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٨١٨ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر بالحائط » . فالمالك الذى يهدم حائطه إنما يستعمل حق ملكيته ، ولكن إذا كان الهدم دون عذر قوى ، أى لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية ، فإن مصلحة الجار الذى يستتر بالحائط فى بقائه مستتراً به ترجح رجحانا كبيراً مصلحة المالك فى هدم الحائط . ومن ثم يعتبر هدم الحائط تعسفا فى استعمال حق الملكية ، ويستوجب مسئولية المالك .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» . فهنا يكون استعمال المالك لحق الارتفاق لا نفع له منه ، أو ذا نفع محدود الأهمية لا يتناسب البتة مع أعباء حق الارتفاق الواقعة على الجار . ويكون إصرار المالك على استعمال حق الارتفاق بالرغم من ذلك تعسفاً منه فى استعمال هذا الحق (واستعمال حق الارتفاق ضرب من استعمال حق الملكية) ، ومن ثم نص القانون على جواز أن يطلب الجار التحرر من حق الارتفاق .

ونظير ما تقدم فى المثل السابق ما نصت عليه المادة ٢/١٠٢٣ مدنى إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق » .

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٥٦١ .

٤٢٦ – عدم مشروعية المصالح التي يرمى المالك إلى تحقيقها : وفى هذه الصورة الثالثة من صور التعسف فى استعمال حق الملكية، لا يقصد المالك الإضرار بالجار كما فى الصورة الأولى ، وليس للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيراً مصلحة المالك كما فى الصورة الثانية ، بل إن المالك فى استعمال حق الملكية إنما يقصد إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . فيكون المالك فى هذه الصورة متعسفاً فى استعمال حق ملكيته ، وتتحقق مسئوليته قبل الجار الذى أضر به على هذا الوجه .

مثل ذلك المالك الذى يضع أسلاكا شائكة أو أعمدة مدببة فى حدود ملكه ، حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن مرتفع ، فيكون متعسفاً فى استعمال حق ملكيته ويلزم بإزالة الأسلاك الشائكة أو الأعمدة المدببة[1] . ومثل ذلك أيضاً مالك العقار أجر عقاره لمن أقام عليه مصنعا ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع ، فيمتنع المالك من الترخيص للمستأجر (بائع المصنع) فى الإيجار الباطن لمشترى المصنع ، وذلك لا توقيا لضرر ، بل سعيا وراء كسب غير مشروع يجنيه من المستأجر . وقد قضى القانون فى هذه الحالة بإبقاء الإيجار للمشترى إذا قدم ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق ، وذلك جزاء لتعسف المالك فى استعماله لحق ملكيته وامتناعه عن الترخيص فى الإيجار من الباطن . وتنص المادة ٢/٥٩٤ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر ، جاز للمحكمة ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » . ومثل ذلك أخيراً المالك الذى يتخذ من داره ملتقى للمشتبه فى سلوكهم ، أو منزلا للدعارة ، أو مأوى للصوص .

---

(١) نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٩١٥ دالوز ١٧ – ١ – ٧٩ – كاربونييه ص١٩٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يسىء استعمال حقه إذا هو أحاط أرضه بأسلاك شائكة ، وهو يقصد بذلك منع الانتفاع بالمطار المجاور له ، بأن يجعل هبوط الطائرات فيه محفوفا بالمخاطر (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١)

§ ٣ - مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٧ - وجوب تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن الحالتين السابقتين : والآن نفرض أن المالك قد أضر بجاره وهو يستعمل حق ملكيته ، ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أي خطأ . فلم يخالف القوانين واللوائح ، ولم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . ولم يفرض القانون خطأ في جانبه . وبذلك نكون قد ابتعدنا عن الحالة الأولى من الحالتين السابقتين ، حالة الخطأ في استعمال حق الملكية . كذلك يثبت أن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، لم يتعسف في استعمال حقه . فلا هو قصد الإضرار بالجار ، ولا كان للجار مصلحة ترجح رجحاناً كبيراً على مصلحته ، ولم يهدف المالك في استعمال حق ملكيته إلى تحقيق غرض غير مشروع . وبذلك نكون قد ابتعدنا أيضاً عن الحالة الثانية من الحالتين السابقتين ، حالة التعسف في استعمال حق الملكية .

ومع ذلك فإن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، قد أضر بجاره ، فهل يكون مسئولا مع أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه ؟ تجيب الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني كما رأينا : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف » . ومن ذلك نرى أن المالك لا يكون مسئولا إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف[1] . أما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذي لا يمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مسئول[2] . فمسئولية المالك إذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار ، أي عن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار[3] .

---

(١) انظر المادة ٩٠٦ مدني ألماني والمادتين ٦٨٤ - ٦٨٥ مدني سويسري

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - وص ٢٨٦ - ص ٢٨٧ - بودري وشوفو فقرة ٢١٨ - پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٣٠٥٩ .

(٣) أما في فرنسا ، فلا يوجد نص تشريعي كنص المادة ٨٠٧ مدني مصري ، وتقرير مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة كان من عمل القضاء الفرنسي ، وقد اقتضت ذلك منه التطورات الاقتصادية التي حدثت بعد صدور التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ (انظر پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٤٦٠) .

ويتبين في وضوح الفرق ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتي الخطأ في استعمال حق الملكية والتعسف في استعمال هذا الحق. ففي حالة الخطأ في استعمال حق الملكية، يكون هناك خطأ، ثابت أو مفترض، في جانب المالك، ولذلك يعوض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا. وفي حالة التعسف في استعمال حق الملكية، يكون هناك إما قصد المالك الإضرار بالجار أو رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيراً أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولذلك يعوض المالك هنا أيضاً عن الضرر مهما كان ضئيلا. أما في حالة مضار الجوار غير المألوفة وهي الحالة التي نحن بصددها، فلا يكون هناك أي خطأ في جانب المالك، ولا يكون المالك متعسفاً في استعمال حق ملكيته، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا في استعمالها، بل كل ما هنالك هو أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار، ولذلك لا يعوض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان ضررا غير مألوف أي ضرراً فاحشا، ولا يعوض عن الضرر المألوف أي الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران[1].

٤٢٨ — الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة:

تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «والمبدأ

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٥ مدني، وهي المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، كدخل ضمن الصور المختلفة للتعسف في استعمال الحق صورة يمكن أن تشمل حالة مضار الجوار غير المألوفة. فقد كان المشروع يجعل استعمال الحق غير جائز في صورة ما إذا كان هذا الاستعمال «من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف».

وكتبنا في الوسيط في هذا الصدد: «ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثاني ليس إلا المعيار الذي يطبق في حقوق الجوار، وهو معيار الضرر الفاحش. وقد حذف في المشروع النهائي، لأن مضار الجوار في القانون المدني الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا في استعمال الحق، بل هو خروج عن حدود الحق» (الوسيط ١ فقرة ٥٦٣). وكتبنا أيضاً: «ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدني الجديد رسمت حدا لحق الملكية، فقضت ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف. فالخروج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق، لا تعسفا في استعماله» (الوسيط ١ فقرة ٥٥١ ص ٣٨٢ هامش ٤) — قارن حسن كيرة فقرة ٩٨ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٦.

الأساسي الذي وضعه النص هو نهي المالك عن أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو : فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما . بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه . وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو . ورسمت له معياراً مرنا لا قاعدة جامدة . فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار . فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف . ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف ، وإلا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم . أما إذا أحدث عمل المالك ضرراً غير مألوف بالجار ، فإنه يجب أن يسأل عن تعويض هذا الضرر . وهذا ما تقضى به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيران . إذ تنص على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه . فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً » . فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف . وقد عرفته المادة ٥٩ من كتاب مرشد الحيوان بما يأتى : « الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية ، فليس بضرر فاحش » . ونصت المادة ٦٠ على أنه : « لا يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثاً »(١) .

ويخلص من ذلك أنه يمكن إرجاع الشروط كلها إلى فكرة الغلو فى استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك . فى استعماله لحق ملكيته ، الجار بضرر غير مألوف (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١ – ص ٣٢ .

(٢) ومن التطبيقات العملية لمضار الجوار غير المألوفة المضار التى تنشأ من مجاورة المصانع ، وهى ناجمة من الروائح الكريهة التى تنبعث منها وعما تنشره من الدخان وما تحدثه من الجلبة والضوضاء (نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ – ١ – ١٥٣ – ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ – ١ – ٢٢٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٣٨٥ – ١٨ يونيه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ – ١ – ٢١٢ – ١٧ نوفبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ – ١) . وكذلك المضار التى تنشأ من مجاورة المسارح ودور البغاء والمستشفيات والمدارس (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ – ١ – ٣٥ : المسارح والكاريندات – نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ – ١ – ٣٣١ – ٨ يوليه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – –

المبحث الثانى

تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه وكيف يكون هذا التعويض

§ ١ – تقدير الضرر غير المألوف

٤٢٩ – اعتبارات مختلفة فى تقدير الضرر غير المألوف : الضرر غير المألوف هو كما قدمنا الضرر الذى يزيد على الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار . فإذا زاد الضرر على هذا الحد ، كان ضرراً غير مألوف ، ووجب التعويض عنه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الشأن : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ،

ص ١ – ٢٣١ : دور البغاء – بمونج ٥ فبراير سنة ١٩٠٢ La loi ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٢ : المستشفيات – باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ٢ – ٣٢ : المدارس) . والمضار التى تنشأ من مجاورة السكك الحديدية بما تنشره من دخان وتحدثه من ضوضاء وتسببه من حرائق (نقض فرنسى ٢٠ نوفبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٤٣٩ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ٩٣) . والمضار التى تنشأ من استغلال المناجم ومن القيام بتنفيذ الأشغال العامة : انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦١ – فقرة ٤٦٢ وفقرة ٤٦٤ – فقرة ٤٦٧ – انظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ٢١٩ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ، ولولم يخالف فى عمله نصا من نصوص القانون واللوائح ، وذلك متى كان الضرر فاحشا متجاوزا الحد المألوف بين الجيران . فإذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت إداراتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضى بأن شركة الفنادق التى تقيم جهازاً لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز (مصر المختلطة ٥ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٦ ص ٤٩٢) – انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٢ ص ٢٨٠ – استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٩ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٢٥٨ – ٤ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٣ ص ٢٤ .

وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
« وقد قضت المادة .. بأنه يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف . (ب) وطبيعة العقارات . (ج) وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر . (د) والغرض الذى خصصت له . فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة ، يعتبر ضرراً غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها ومسكنى العلية من الناس . فإذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط المساكن الهادئة ، كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته »[1] .

فنرى من ذلك أن معيار « الضرر غير المألوف » معيار مرن ، وليس بقاعدة جامدة . فيتكيف مع الظروف المختلفة ، ويواجه الحاجات المتغايرة ، ويستجيب لمقتضيات كل منها . وهو معيار موضوعى لا معيار ذاتى ، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضاً أو منشغلا بأعمال تقتضى الهدوء التام ، فينزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة[2] . وإنما العبرة بحالة الشخص المعتاد ، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضرراً غير مألوف بالنسبة إليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٦٦ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦٢ – وانظر فى عدم الاعتداد بالظروف الشخصية للجار فى تقدير مسئولية المالك : محمد على عرفة فقرة ١٩٣ ص ٢٤٨– عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٨ – حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ – ص ٣٢٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٩ ص ٩٣ – ص ٩٤ (ويعتبر الغرض الذى أعد له العقار من الظروف الشخصية التى لا يعتد بها) – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٧ – ص ٥٨ – وانظر فى أن القضاء الفرنسى يعتد بالظروف الشخصية مازو فقرة ١٣٤٢ ص ١٩٠٧ (والأحكام التى أشار إليها) ..

ومن ثم كانت الاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية ، وقد ذكر منها النص فيما رأينا ما يأتي[١] :

(أ) العرف : فما جرت به العادة بين الجيران أن يتحمله بعضهم من بعض، كأن يخرج المالك من داره في وقت مبكر أو يرجع إليها في وقت متأخر ، فيحدث حركة محسوسة ، وبخاصة إذا كان يستخدم السيارة في رواحه وغدوه ، كل هذا جرى العرف باعتباره ضرراً مألوفاً لا يمكن تجنبه . فعلى الجيران أن يتحملوه ، وليس لهم أن يرجعوا بشيء على المالك . كذلك جرى العرف ، في الأعياد والمواسم وفي مناسبات مختلفة ، أن تشتد الحركة ويكثر الجلب ، وبخاصة بين الصبية الصغار أو في مناسبات الأفراح أو المآتم أو الحفلات ، فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها . وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك[٢] . ويعتبر أيضاً في العرف ظروف المكان ، فما يعتبر ضرراً مألوفاً في الريف قد يعتبر ضرراً مألوف في المدن[٣] .

(ب) طبيعة العقارات : ولطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المألوف . فإذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندقا أو حانوتا للتجارة أو نحو ذلك ، تحمل من الضوضاء والجلبة أكثر مما يتحمل المسكن الهادئ . فما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى المسكن . وما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى مصنع تدور فيه الآلات وتحتشد فيه العمال وتشتد الضوضاء ، قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو إلى مستشفى .

(ج) موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر . فصاحب السفل يجب ، بطبيعة موقعه من العلو ، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفل ، بهذا قضى موقع السفل من العلو . والعقار الذي يجاور الطريق العام أو السكك

---

(١) وتقدير ما إذا كان الضرر يعد ضررا غير مألوف على هذا النحو مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (أنسيكلوبيدي دالوز 4 Propriété فقرة ١٦٤ – إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٢ – حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٩ ص ٩٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٦) .

(٢) مازو فقرة ١٣٤٣ ص ١٠٩٧ .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٢ .

الحديدية أو المصانع يتعود من الضوضاء ما يزعج العقار الموجود فى مواقع نائية عن ذلك ، فما يكون ضرراً مألوفا للأول قد يكون ضرراً غير مألوف للآخر . والعقارات الواقعة فى أحياء العمال يتحمل بعضها من بعض مالا تحتمله العقارات الواقعة فى الأحياء البورچوازية . فما يكون ضرراً مألوفا بالنسبة إلى أحياء العمال قد يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأحياء البورچوازية .

(د) الغرض الذى خصص له العقار : فالعقار الذى خصص للسكنى الهادئة غير العقار الذى خصص لأغراض تقتضى دوام الحركة واختلاف الناس عليها ، فما يكون ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى الأول قد يكون ضرراً مألوفا بالنسبة إلى الآخر . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا : « فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضرراً مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة يعتبر ضرراً غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس . فإذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط هذه المساكن الهادئة ، كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته »(١).

٤٣٠ — سبق الترخيص الإدارى للمالك : ولا يمنع الضرر من أن يكون غير مألوف سبق الترخيص الإدارى للمالك . فقد يحصل مالك المحل المقلق للراحة أو المضر بالصحة أو الخطر على رخصة إدارية بإدارة محله ، ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضرراً غير مألوف ويطلب التعويض عنه . فالرخصة الإدارية إنما تبيح إدارة المحل دون أن تكون هناك مسئولية جنائية على صاحبه ، ولكنها لا شأن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ – وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة عن أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١ – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم انظر آنفا فقرة ٤٢٨ فى الهامش) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشركة التى تقيم مصانع وآلات فى أحياء السكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٦) .

والعقار المخصص ليكون مصحة أو مستشفى قد يكون الضرر المألوف بالنسبة إليه ضررا غير مألوف ، ويبقى المعيار مع ذلك معيارا موضوعيا لا معيارا ذاتيا (انظر حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض . فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إداريا ، لم يمنع هذا الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك المحل . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما رأينا : « ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق »[١] :

٤٣١ — الجار مستجد على المالك أو أسبقية الاستغلال (préoccupation) :
وهنا نفرض أن المالك كان يدير مصنعه دون أن يكون له جار ، فلم يكن يلحق بأحد ضرراً غير مألوف . ثم جاء الجار فبنى داره بجوار المصنع فاستجد على المالك . ولحق الجار من جراء إدارة المصنع ضرر غير مألوف ، فهل لهذا الجار المستجد أن يتضرر من مجاورة المصنع وهو الذى سعى إلى مجاورته ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا بما يأتى : « أما إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة ، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه ... ونصت المادة ٦٣ (مرشد الحيران) على أنه إن كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجدداً ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه »[٢] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يحول دون ذلك (دون طلب إزالة الضرر غير المألوف) الترخيص الإدارى الذى يعطى لهذا المحل ، وقد جرى القضاء المصرى على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢) .

نقض فرنسى ١٨ نوفبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٦٩ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٩٥ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٥ هامش ١١ — بودرى وشوفو فقرة ٢٢٥ — ديموج ٤ فقرة ٧٢٩ — پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٦٣ — كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٢٦ — مازو فقرة ١٣٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ — ص ٣٣ — وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل ، فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من [illegible] آلاتها ، لأنه جار طارئ عليها ، =

ونرى من ذلك أن الجار الذى يستجد على المالك ليس له أن يشكو من مضار جوار هذا المالك ولو كانت غير مألوفة ، لأنه هو الذى سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما فى هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى به ضمنا .

ومع ذلك فإن هذه القاعدة غير مطردة . وكثير من أحكام القضاء الفرنسى تقضى بأن المالك القديم الذى يكون مصدر ضرر غير مألوف لجيرانه ، مهما كان هؤلاء الجيران مستجدين ومهما كان هو من الملاك القدامى ، لا يكسب لمجرد قدمه حقاً فى أن يعفى من التعويض عما يحدثه من ضرر غير مألوف للجيران . بل يكون مسئولا نحوهم . أو فى القليل يكون هناك خطأ مشترك (faute commune) بينه وبين الجار الحديث ، هو لأنه يتسبب فى ضرر غير مألوف للجار ، والجار الحديث لأنه جاور المالك وهو على بينة من مضار هذا الجوار . أضف إلى هذا أن الجار الحديث قد لا يكون عالما بما ينطوى عليه الجوار من ضرر غير مألوف ، أو قد يكون عالما به ولكن الضرر تفاقم واشتد بعد أن أتى الجار الحديث واستقر فى جواره للمالك ، ولا يجوز على أى حال للمالك القديم أن يدعى أنه كسب لمجرد أسبقيته حقاً فى أن يتحمل منه جيرانه ولو استجدوا ضرراً غير مألوف دون أى تعويض[1] .

= ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب . وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شيء من ذلك (استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٩٢٦ ص ٤٩٨) .

وتنص الفقرة ٢ من المادة ١٠٥١ مدنى عراقى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « وإذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا ، فجاء آخر وأحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » (انظر آنفاً فقرة ٤١٩ فى الهامش) .

(١) نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٢٨٥ – ٤ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ – ٢ – ٩٥٠ – بودرى وشوفو فقرة ٣٢١ – مازو فقرة ١٣٤٤ – شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ – حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٨ – ص ٣٣٠ – إسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٤ – ص ١٣٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٩ .

وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا جاور مصنع أرضا فضاء ، فاشترى شخص هذه الأرض لم يكن له الرجوع على صاحب المصنع لأنه اشترى الأرض بثمن روعى فيه الضرر الناشئ من مجاورة المصنع (مازو وتونك ١ فقرة ٦٠٢ – فقرة ٦٠٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأى يؤدى إلى أن المالك الأصلى للأرض – وهو الذى باعها للمشترى – يكون هو =

والذى يمكن التسليم به إجماعا فى هذا الصدد هو أن الجار الحديث إذا أتى ، ووجد الحى كله مليئاً بالمصانع والمحال المقلقة للراحة ، فأصبح الضرر غير المألوف مألوفا فى هذا الحى على وجه جماعى (préoccupation collective) لا على وجه فردى (préoccupation individuelle) ، فلا حق له بعد ذلك أن يتضرر من الجوار بعد أن أقدم عليه طائعا مختارا ، ولا يكون الملاك الذين سعى هو لمجاورتهم مسئولين نحوه عن الضرر ، مهما كان هذا الضرر غير مألوف [1] .

§ ٢ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٢ — اختلاف الفقه فى فرنسا : نلاحظ بادئ ذى بدء أن التقنين المدنى الفرنسى لا يشتمل على نص يناظر المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، فهو إذن لا يستطيع أن يجد سنداً تشريعيا لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة . أما فى مصر فالمادة ٨٠٧ مدنى سند تشريعى قائم لا يجوز الخلاف فيه ، وكل ما يمكن أن تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذا النص ورده إلى وجه معين من وجوه المسئولية .

ولما كانت مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة فى فرنسا هى من عمل القضاء دون سند تشريعى تقوم عليه كما قدمنا ، فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون فى تحديد الأساس القانونى الذى تقوم عليه هذه المسئولية . وقد التزموا فى ذلك ، ما دام السند التشريعى معدوما ، نطاق القواعد العامة . فمنهم من رد مسئولية المالك إلى التزام قانونى هو التزام الجوار ، ومنهم من

= الذى تحمل الخسارة دون أن يرجع على صاحب المصنع ، مع أن المصنع لاحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٤ هامش ٣) .

(١) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٧٢ – كاربونييه ص ١٩١ – إسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٥ هامش ١ – حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٩ هامش ٢ – وإلى ذلك تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت فيما رأينا : « أما إذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم وقد وجد فى ناحية مناسبة له ... » (انظر آنفا نفس الفقرة) .

ودها إلى نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ومنهم من جعل المسئولية مبنية على نظرية تحمل التبعة ، ومنهم من ذهب إلى أن الغلو فى استعمال المالك لحق ملكيته هو فى ذاته خطأ يستوجب التعويض . وهناك آراء أخرى[1] ، ولكننا نقف عند هذه الآراء فهى أهم الآراء الفقهية ، ونقول كلمة موجزة فى كل منها ، ونوصل بعد ذلك مسئولية المالك فى القانون المصرى .

٤٣٣ — مسئولية المالك تقوم على التزام قانونى هو التزام الجوار : ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسئولية المالك نحو جاره عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على التزام فرضه القانون على الجار بألا يلحق بجاره ضرراً غير مألوف[2] . ويقولون إن هذا الالتزام القانونى يستخلص من نصوص قانونية

---

(١) ومن هذه الآراء ما يذهب إليه كاربونييه من أن مسئولية المالك تقوم على نظرية الإثراء بلا سبب . فالمالك قد أثرى على حساب الجار ، والجار قد أصابه ضرر غير مألوف فافتقر ، فوجب على المالك المثرى أن يرد للجار المفتقر أقل القيمتين ، المقدار الذى أثرى به والمقدار الذى افتقر به الجار (كاربونييه ص ١٩٥ – ص١٩٦) . وظاهر أنه إذا كان من المحقق أن الجار الذى أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر ، فليس من المحقق أن المالك الذى كان مصدر هذا الضرر قد أثرى . وليس من المحقق أيضاً ، حتى إذا كان المالك قد أثرى ، أن افتقار الجار كان هو بالذات السبب فى هذا الإثراء .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن المالك لا تتحقق مسئوليته عن الضرر غير المألوف إلا إذا تعدى ماديا على ملك الجار ، فنشر مثلا من مصنعه دخانا جاوز ملكه واخترق ملك الجار (immissio) ، أو بعث بروائح كريهة أو بأصوات مقلقة أو بأمواج الراديو أو نحو ذلك ، فيكون التعدى المادى على ملك الجار هو أساس المسئولية (Leyat فى المسئولية فى علاقات الجوار رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ – مازو فقرة ١٣٤١ ص ١٠٩٥ – ص ١٠٩٦) .

ومن هذه الآراء أيضاً أن مسئولية المالك مبنية على حالة الضرورة . فضايقات الجوار ضرورة اجتماعية لا بد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها . فإذا وجب للضرورة أن يتحمل الجار الجوار دون تعويض إذا كان الضرر لا يجاوز الحد المألوف ، فإنه إذا جاوز الحد غير المألوف وجب التعويض عنه . فمسئولية المالك هنا ترجع إلى مجاوزة حد الضرورة ، إذ الضرورة إنما تقضى بتحمل الضرر المألوف ، فإذا جاوز المالك هذا الحد وأصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ فى جانبه ، إذ مجاوزة حد الضرورة هى بعينها الخطأ الذى يستوجب التعويض (ساڤاتييه فى المسئولية ١ فقرة ٧١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى كابيتان فى التزامات الجوار فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص١٥٦ وما بعدها وص ٢٢٨ وما بعدها – Vercesco فى دراسة عامة للقيود التى ترد على حق الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ .

وردت فى التقنين المدنى الفرنسى . فالمادة ٦٥١ من هذا التقنين تشير إلى هذا الالتزام إذ تقول : « يخضع القانون الملاك لالتزامات مختلفة ، بعضهم نحو بعض ، دون أن يكون هناك أى اتفاق فيما بينهم » . ثم تأتى المادة ١٣٧٠ — ١ و٢ و٣ من نفس التقنين فتقول : « تنشأ التزامات معينة دون أن يكون هناك سابق اتفاق عليها ، لا من جانب الملتزم ولا من جانب الملتزم نحوه . وبعض هذه الالتزامات تنشأ بحكم القانون وحده . وبعض آخر ينشأ من عمل شخصى يصدر من الملتزم . فالأولى هى الالتزامات التى تنشأ دون إرادة الملتزم ، كالالتزامات التى تقوم فيما بين الجيران ... » .

والصحيح أن التقنين المدنى الفرنسى لم يفرض فى أى نص من نصوصه التزاما قانونيا على الجار بألا يحدث لجاره ضررا غير مألوف ، فليس ثمة فى هذا التقنين التزام قانونى تمكن تسميته بالتزام الجوار بهذا المعنى . والمادة ٦٥١ مدنى فرنسى إنما تشير إلى التزامات معينة ما بين الجيران هى ، كما صرحت المادة التالية ٦٥٢ مدنى فرنسى ، ما اشتملت عليه القوانين الخاصة وكذلك الالتزامات المتعلقة بالحائط المشترك وبالمطلات وبالمسيل وبحق المرور .

ومن ثم ينهدم هذا الرأى من أساسه ، وقد عدل عنه بعض من كانوا يقولون به[1] .

٤٣٤ — مسئولية المالك تقوم على نظرية التعسف فى استعمال الحق :

وذهب فقهاء آخرون إلى أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة إنما ترجع إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق : فالمالك الذى يلحق بجاره ضرراً غير مألوف يكون متعسفاً فى استعمال حق ملكيته[2] .

وخطأ هذا الرأى هو فى أن للتعسف فى استعمال الحق صوراً محددة لا ينبغى أن يتعداها . فأول صورة للتعسف هى الصورة التى يتعمد فيها المالك الإضرار بجاره ، يضاف إليها صورتان أخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيراً (مما يتضمن قصد الإضرار) وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة .

---

(١) انظر كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٢٤ ص ٨٢٤ — وانظر فى انتقاد هذا الرأى أيضاً پلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٤٦٩ ص ٨٦١ — ص ٨٦٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كولان وكاپيتان ودى لاموراندير فقرة ١٠٢٥ ص ٨٢٥ .

ولا شيء من هذه الصور الثلاث يتحقق فى حالة مضار الجوار غير المألوفة ، فقد يلحق الجار بجاره ضرراً غير مألوف دون أن يتعمد الإضرار به ، ودون أن يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ودون أن يكون للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيراً على مصلحة المالك . فنحن إذن فى نطاق آخر غير نطاق التعسف فى استعمال الحق . وقد سبق التمييز بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالة التعسف فى استعمال الحق[1] .

٤٣٥ — مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة : وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة . فالمالك قد ألحق ، بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ، ضرراً غير مألوف بالجار ، والمفروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف فى استعمال حقه . فيبقى إذن أنه هو الذى يتحمل تبعة نشاطه فى استعماله لحق ملكيته ، إذ هو الذى يستفيد من هذا الاستعمال ، وقد ألحق بجاره ضرراً غير مألوف من جراء هذا النشاط غير العادى ، فعليه الغرم كما كان له الغنم . وتقوم مسئولية المالك إذن ، لا على الخطأ ولا على التعسف فى استعمال الحق ، بل على تحمل التبعة[2] .

وهذا الرأى ، على وجاهته وعدالته ، يتعذر الأخذ به فى القانون الفرنسى فالمسئولية فى هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ ، ثابتا كان أو مفترضا . أما المسئولية التى تقوم على تحمل التبعة فلابد فيها من نص قانونى ، والنص القانونى فيما يتعلق بالمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفه معدوم .

٤٣٦ — مسئولية المالك تقوم على أن الغلو فى استعمال حق الملكية يستلزم التعويض : ومعنى ذلك أن المالك إذا استعمل حق ملكيته دون أن يغلو فى استعماله ، ودون أن يحدث لجاره إلا ضررا مألوفا من أضرار الجوار ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٢٧ — وانظر فى انتقاد جعل أساس مسئولية المالك التعسف فى استعمال حق الملكية : پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٧٠ — إسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ هامش ١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى جوسران فى التعسف فى استعمال الحق ص ٨٢ وتعليقه فى داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ٥٣ — پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٥ — وقرب ريپير فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥ .

فلا جناح عليه فى ذلك ، ولا يستلزم عمله أن يعوض جاره عن هذا الضرر المألوف . أما إذا غلا المالك فى استعمال حق ملكيته ، واستعمل هذا الحق استعمالا استثنائيا بحيث يلحق بجاره ضرراً غير مألوف ، فإن الغلو فى استعمال حق الملكية يستلزم من المالك أن يعوض جاره عن الضرر غير المألوف الذى لحق الجار . وليس هناك خطأ فى أن يستعمل المالك حق ملكيته استعمالا استثنائيا ليحصل منه على أكبر فائدة ممكنة ، ولكنه فى هذه الحالة يجب عليه أن يعوض الجار الذى أصابه هذا الاستعمال الاستثنائى بضرر غير مألوف . فعدم تعويض الجار ، لا الاستعمال الاستثنائى لحق الملكية ، هو الخطأ الذى يرتب مسئولية المالك[١] .

وهذا الرأى ، حتى يستقيم ، يجب معه أولا إثبات أن استعمال حق الملكية استعمالا استثنائيا يستلزم التعويض . فمن أين أتى هذا الالتزام[٢] ، ولا يوجد نص قانونى يفرضه ، ولا هو مبنى على الخطأ ، ولا على التعسف فى استعمال الحق ! وما دمنا لا نستطيع أن نقول إن الاستعمال الاستثنائى لحق الملكية خطأ أو تعسف ، فلا مناص من أن يوجد نص قانونى يفرض التزاما قانونيا على المالك بأن يعوض الجار عن الضرر غير المألوف ، أو يورد قيداً على حق الملكية هو ألا يلحق المالك بجاره ضرراً غير مألوف . ولما كان هذا النص القانونى غير موجود فى التقنين المدنى الفرنسى ، فيكون القضاء الفرنسى الذى يلزم المالك بتعويض الضرر غير المألوف هو الذى خلق هذا الالتزام ، وهو فى خلقه إياه كان قضاء بريطوريا لا يستند إلى القواعد العامة ولا إلى نص تشريعى[٣] .

٤٣٧ — تأصيل مسئولية المالك فى القانون المصرى : أما التقنين المدنى

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥ — وانظر فى الاعتبارات الاقتصادية التى تبرر التعويض عن الضرر غير المألوف كاربونييه ص ١٩٤ .

(٢) وإذا قلنا مع أصحاب هذا الرأى إنه أتى من عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فإن ذلك معناه أن هناك التزاما بالتعويض عن الضرر غير المألوف . ولكن هذا الالتزام نفسه يقوم بحسب هذا الرأى على أساس الخطأ فى عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فنحن إذن ندور فى حلقة مفرغة .

(٣) ويذهب كاربونييه إلى أن المبدأ الذى ينطوى عليه هذا القضاء ، ليس هو التزام المالك بتعويض الجار عن الضرر غير المألوف ، بل هو التزام الجار بتحمل الضرر المألوف من المالك (كاربونييه ص ١٩٥) .

المصرى فيختلف عن التقنين المدنى الفرنسى فى أن التقنين الأول فيه هذا النص الذى لا يوجد فى التقنين الثانى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ مدنى مصرى صراحة ، كما رأينا ، على ما يأتى : « على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار » . فأوجد النص بذلك فى جانب المالك التزاما قانونيا هو عدم الغلو فى استعمال حق الملكية ، أو هو أورد قيداً على حق الملكية هو ألا يغلو المالك فى استعمال هذا الحق . ورتب التقنين المصرى بعد ذلك النتيجة المنطقية على ما فرضه من التزام قانونى أو أورده من قيد على حق الملكية ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « وإنما له (للجار) أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ... » .

فالأمر إذن واضح فى القانون المصرى ، لا مجال فيه لاختلاف فى الرأى على نحو الاختلاف الذى رأيناه فى الفقه الفرنسى . يوجد نص صريح فى التقنين المدنى المصرى يلزم المالك بألا يغلو فى استعمال حقه ، أو يقيد حق الملكية بعدم جواز الغلو فيها . ويرتب النص على ذلك وجوب تعويض المالك جاره ، إذا لحق الجار من جراء استعمال المالك لحق ملكيته ضرر غير مألوف .

فإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدنى ينشئ التزاما قانونيا فى جانب المالك بعدم إصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك فى هذا القول على إخلال المالك بهذا الالتزام القانونى ، فوجب عليه التعويض . ويكون المالك الذى ألحق بجاره ضرراً غير مألوف قد خرق التزامه القانونى ، فخالف القانون . ولكن هذه المخالفة القانونية ليست « خطأ » ، بالمعنى المعروف . فإن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك . فهو مسئول ، لا لأنه ارتكب خطأ ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه ، فهو الذى يفيد من استعماله لملكه استعمالا استثنائيا ، فمن العدل أن يتحمل تبعة هذا الاستعمال ، والغرم بالغنم . وقد قدمنا أن إقامة مسئولية المالك فى القانون الفرنسى على نظرية تحمل التبعة لا يستقيم لانعدام نص قانونى ينشئ هذه المسئولية ، أما فى القانون المصرى فالأمر يختلف إذ أن هذا النص موجود .

وإذا قلنا إن نص المادة ٨٠٧ مدنى يورد قيداً على حق الملكية ، هو عدم الغلو فى استعماله حتى لا يلحق الجار من جراء هذا الاستعمال ضرر غير مألوف ، فإن نطاق حق الملكية فى القانون المصرى ، بحكم هذا النص ، يضيق عن الغلو

فى استعمال هذا الحق . ومن ثم يكون المالك . الذى غلا فى استعمال حقه وألحق بجاره ضرراً غير مألوف . قد خرج عن حدود حق الملكية . والخروج عن حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف ، إذ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد . فتكون مسئولية المالك فى هذا القول قائمة على الخطأ بمعناه المعروف[1]

§ ٣ - كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٨ — التعويض النقدى والتعويض العينى : نطبق هنا القواعد العامة فى التعويض ، فهو تارة يكون تعويضاً نقديا ، وطوراً يكون تعويضاً عينيا . وللمحكمة أن تأمر بإزالة الضرر غير المألوف ، أو أن تقتصر على الحكم بتعويض نقدى إذا رأيت ما يبرر ذلك .

٤٣٩ — التعويض النقدى: يحكم القاضى بتعويض الجار تعويضاً نقديا كاملا عن الضرر غير المألوف الذى لحقه من استعمال المالك لحق ملكيته ، وذلك طبقا للقواعد العامة ، فيعوض الجار عن الخسارة التى لحقته وعن الكسب الذى فاته .

---

(١) وإلى هذا القول أشرنا عند ما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط : « ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حدا لحق الملكية ، فقضت ألا يغلو المالك فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج عن هذا الحد الذى رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق . لا تعسفا فى استعماله » (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٥٥٥ ص ٨٣٢ هامش ٤ – وطبعة ثانية فقرة ٥٥١ ص ٩٤٤ هامش ٣) .

وقد اختلف الفقهاء فى مصر فى تأصيل مسئولية المالك عن الضرر غير المألوف فى القانون المصرى . فمنهم من يذهب إلى أن المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ليست إلا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق (محمد على عرفة فقرة ١٩٢ – حسن كيرة فقرة ٩٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٦٣ – ص ٦٤) . ومنهم من يذهب إلى ما ذهبنا إليه من أن حق الملكية قيدته المادة ٨٠٧ مدنى بحدود يعتبر الخروج عليها خروجا على حدود هذا الحق كما رسمته هذه المادة ، ومن ثم يكون ذلك خطأ تقصيريا (شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٦ – ص ٨٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٣ ص ١٠٩ وفقرة ٨٤ ص ١١٢ – أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام فقرة ٤٣٩ – إسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ – ص ١٣٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨ ص ٩١) .

وقد يدوم الضرر زمنا معينا . فيجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدى عن كل وحدة من الزمن يدوم فيها الضرر ، عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك[١] .

ويجوز أيضاً للقاضي أن يحكم بتعويض نقدى أو بتعويض عيني (إزالة الضرر) ، ويخير المالك بين تنفيذ أى من الجزائين يختاره[٢] .

٤٤٠ — التعويض العيني : وإذا كان التعويض العيني ممكنا ، جاز للقاضي أن يحكم به . فإذا كان الضرر ناجما مثلا عن إقامة المالك لحائط ، جاز الحكم بهدم هذا الحائط . ويجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر فى المستقبل[٣] ، مع الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الذى حدث فى الماضى .

وإذا رأى القاضي أن يحكم بالتعويض العيني وبإزالة الضرر غير المألوف ، جاز له أن يلجأ إلى الغرامة التهديدية ، فيقضى بغرامة مالية على المالك عن كل يوم أو عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بإزالة الضرر أو بالقيام بالأعمال المحددة فى الحكم[٤] .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٦ — بودرى وشوفو فقرة ٢٢٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ . كاربونييه ص ١٩١ — ص ١٩٢ .

(٢) باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٢٢٤ — وتنص المادة ٢/٢٠٣ مدنى على ما يأتى : « على أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » . ويقاس التعويض العيني على التنفيذ العيني ، ومن ثم فلا يجوز الحكم بهدم مصنع مثلا لتجنيب الجار الضرر غير المألوف الناشىء عنه . ويكتفى بتعويض نقدى ، مصحوب إذا أمكن باتخاذ التدابير الممكنة لإنقاص الضرر إلى أقل حد مستطاع . انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٣٤٥ — إسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٦ — حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٣ هامش ٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ ص ٩٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ . ومن التدابير التى يمكن اتخاذها للحد من الضرر فى المستقبل الأمر مثلا بتعديل طريقة الاستغلال ، أو تحديده بمنع الاستغلال فى الليل مثلا ، أو تغيير موضع منحل لخلايا النحل ، أو وقف جزء من العمل أو نحو ذلك (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ — ٢ — ٢٦٩ — مونبلييه ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٣ داللوز الأسبوعى ٣٣ — ٦٦ه — حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٢) .

(٤) نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٨ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ —

وفى فرنسا ، حيث لا يوجد نص يقابل نص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، يرد قيد على التعويض العينى ، هو أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بإغلاق محل مقلق للراحة حاصل على رخصة إدارية . فإن الرخصة الإدارية هى أمر إدارى صدر بالسماح للمحل بالعمل ، والحكم بإغلاق المحل يتعارض مع الأمر الإدارى ، وليس للقضاء العادى أن يلغى أو يعدل أمراً صادرا من جهة الإدارة، وفى هذه الحالة يقتصر على الحكم بالتعويض النقدى[1]. أما فى مصر فنص المادة ٢/٨٠٧ مدنى صريح فى أن طلب إزالة الضرر غير المألوف حق للجار ، وأنه « لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » . فيجوز إذن أن يطالب الجار بالتعويض العينى وبإزالة الضرر غير المألوف بالرغم من وجود ترخيص إدارى[2] .

الفرع الثانى

القيود التى ترجع إلى حالات خاصة فى الجوار

المبحث الأول

الرى والصرف

٤٤١ — الشرب والمجرى والمسيل : القيود التى تتعلق بالرى والصرف

= داللوز ١٩٠٥-١-١٧٥ – باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ٢ – ٣٢ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت دى پاليه ١٩٣٦ – ١ – ٧٥٧ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ .

(١) نقض فرنسى ١٩ مايو سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ – ١ – ٤٨٦ – ١١ يونيه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٨ – ١ – ٢٠٩ – ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ٤٧١ – ١٩ يناير سنة ١٩٦١ Bull. civ. ١٩٦١ – ٢ فقرة ٥٨ ص ٤١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ – بودرى وشوفو فقرة ٢٢٥ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٢٦ ص ٨٢٧ – مازو فقرة ١٣٤٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ هامش ٢ – حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣١ – ص ٣٣٢ – اسماعيل غانم فقرة ٦٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ – ص ٦٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٩ . =

هى ما يقرره القانون للملاك المجاورين على جيرانهم من حقوق فى الشرب (irrigation) والمجرى (acqueduc) والمسيل (écoulement) .

والأصل أن يكون رى الأراضى الزراعية من مياه النيل ومن مياه الترع العامة[١]، وأن يكون صرف المياه بعد الرى فى المصارف العامة وفى البحيرات.

= وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز التعويض العينى بل يكتفى بالتعويض النقد إذا وجد ترخيص إدارى : محمد على عرفة فقرة ١٩٦ ص ٢٥٣ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٨٠ .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا فى هذا الخصوص (م ١١٧١ من المشروع) يجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى استعمال مياه الترع العامة بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك » (انظر أيضاً م ٣١/٥٢ من التقنين المدنى السابق) . وورد فى المذكرة الإيضاحية فى شأن هذا النص : « وقد قسم المشروع فى حق الشرب الترع إلى قسمين : (أ) ترع عامة مملوكة للدولة ، وهذه يكون الحق فى استعمالها بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك . وأهم هذه اللوائح هى لائحة الترع والجسور التى يتضمنها الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ ، وهذه يبقى معمولا بها منفصلة عن التقنين المدنى ، ويقتصر هذا التقنين على المبادئ الأساسية فى الرى التى يندر أن تتغير » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤) . وحذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تشمل حكما تفصيليا يمكن الاستغناء عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠ فى الهامش) .

ولائحة الترع والجسور الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ والمشار إليها آنفا فى المذكرة الإيضاحية قد ألغاها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ (المعدل بالقوانين ٢٩ و٣٨٥ لسنة ١٩٥٦ و ١١٦ لسنة ١٩٥٩) بشأن الرى والصرف ، وحل هذا القانون محل لائحة الترع والجسور ، وسنشير إلى بعض نصوصه الهامة فى المواضع المناسبة . وقد ورد فى مذكرته الإيضاحية « لما كانت المملكة المصرية بلداً زراعيا بطبيعته ، وجب أن يعطى نظام الرى فيه أكبر قسط من العناية لما فى ذلك من أثر بالغ فى تربة الأرض و[illegible]اصيلها المختلفة . ونظراً لأن النيل والترع العامة والمصارف العامة هى عماد الرى فى مصر وتدخل جميعها فى الأملاك العامة ، فقد كان جديراً بالتشريع الإدارى المصرى أن يعنى بتنظيم استعمال الكافة لطرق الرى والصرف استعمالا يتجلى فيه العدل وتصان به المصلحة العامة . وقد مضت حقبة طويلة على تشريعات الرى والصرف القائمة ، أظهر العمل ما فيها من نقص يجب تداركه على ضوء التطورات التى استحدثت فى نظام الرى . وقد وضع المشروع المرافق تحقيقا لهذه الغاية ، إذ يجمع شتات التشريعات الخاصة بالرى والصرف فى قانون واحد يكفل تنظيم استعمالها على وجه أوفى مما هو عليه الآن ، كما يتناول الشروط اللازمة لإقامة الآلات الرافعة ورى الأراضى الشراقى والتدابير التى تتخذ لدفع أخطار الفيضان وغير ذلك من الشئون المتصلة بالرى ... وقد شمل المشروع ستة أبواب . خصص الباب الأول لبيان الأملاك العامة والخاصة ذات الصلة بالرى والصرف . وتناول الباب الثانى الأحكام الخاصة بتوزيع المياه ، سواء =

ولكن يجوز مع ذلك أن ترد قيود على الملكية الخاصة للأرض الزراعية لمصلحة الأراضي الزراعية المجاورة . تتعلق بالري من حق في الشرب أو في المجرى ، أو تتعلق بالصرف من حق في المسيل .

وتعرف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الشرب فتقول : « القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها . وكان له وحده حق استعمالها . على أنه إذا استوفى حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضي الملاك المجاورين . فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم في حاجة إليه . على أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها . ويبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة . ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك . وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل . ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذي يستوفي حاجته من المياه أولا ، ويأتي الجيران بعد ذلك ، فإذا تزاحموا قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة »[1] .

= أكان ذلك عن طريق مآخذ المياه أم بالآلات الرافعة . ولما كان دفع أخطار الفيضان ذا صلة وثيقة بالري . فضلا عما ينطوي عليه من حفظ الأرواح والأملاك من الغرق ، لذلك لم يغفل المشروع تنظيم الإجراءات التي تتبع لدفع هذه الأخطار . فخصص لها الباب الثالث الذي تضمن أيضاً الأحكام الخاصة بتعطيل الملاحة وارتطام السفن إذ أنها تعوق سير المياه . ثم خصص الباب الرابع للترخيص في رسو الذهبيات والعوامات ووضع المعادي وشحن المراكب وتفريغها ، والباب الخامس للعقوبات وإثبات الجرائم . والباب السادس للأحكام العامة والختامية » .

وهناك مشروع جديد أعد ليحل محل قانون الري والصرف الحالي (قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣) ، ولا يزال حتى اليوم مشروعا ولم يسن قانونا . ومن أهم ما استحدثه هذا المشروع من التعديلات : (١) تخويل مفتش الري سلطة إصدار قرار مؤقت بتمكين صاحب الشأن من حقه في الانتفاع بمسقاة أو مصرف في أرض الغير ، أو من حقه في دخول هذه الأرض لإجراء ما قد يلزم من ترميم وتطهير . (٢) تنسيق الحكم الخاص بالتعويض مع الحكم المقابل في الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدني ، فنص على أن يشمل التعويض نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف بنسبة مساحة الأرض التي تنتفع من أيهما . (٣) اعتبار الكباري الخاصة التي تنشأ فوق ترعة عامة أو مصرف عام من الأملاك العامة بمجرد إنشائها ، فيعفى منشئوها من أعباء صيانتها . (٤) النهي عن حفر الآبار الأرتوازية قبل الحصول على ترخيص من وزارة الري . (٥) إسناد رياسة لجنة الفصل في الجرائم إلى قاض توفيراً لضمانات الأفراد ، وإجازة الطعن في قرار لجنة تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المجرى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه . وهى مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له . أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب فى تعويض عادل »[1] .

وتقول المذكرة الإيضاحية عن المسيل : « بقى حق المسيل . وقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام . فيكون له الحق فى أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفى الجار حاجته ، أو فى أن ينشئ مصرفا خاصا على نفقته فى أرض الجار ليصل إلى المصرف العام . وفى الحالة الأولى يشترك مالك الأرض فى نفقة المصرف الخاص الذى أنشأه الجار وفى صيانته . وفى الحالة الثانية يعطى الجار مقدما التعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف[2] » .

والآن وقد عرفنا إجمالا ما هى القيود المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل ، نفصل ما أجملناه فنتكلم : (أولا) فى الشرب . (ثانيا) فى المجرى والمسيل .

§ ١ – الشرب

٤٤٢ – نص قانونى : تنص المادة ٨٠٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقاً للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها » .

« ٢ – ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما »[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ – ص ٤٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٧ فى المشروع

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢/٥٣[1]

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين المدنى السورى — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٥٥ — ١٠٥٧ — ولا مقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[2] .

= النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤ — ص ٣٧) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٢/٥٣ : من أنشأ ترعة ، فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه . (وهذا النص يخالف نص التقنين المدنى الجديد فى أنه لا يجعل للجار الحصول على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة إلا برضائه ، دون جبر عليه فى ذلك . ولكن المادة ٨ من لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ ، أى بعد صدور التقنين المدنى السابق ، أعطت للجار أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط المقررة فى التقنين المدنى الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (وانظر فيما يتعلق بإسناد الإنشاءات الفنية على ضفة المجرى المقابلة المادتين ٩٨٢ — ٩٨٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٥ : لكل شخص أن يسق أرضه من مياه الأنهر والترع العامة ، وله أن يشق جدولا لأخذ هذه المياه إلى أرضه ، وذلك كله وفقا للقوانين والأنظمة المتعلقة بذلك .

م ١٠٥٦ : من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للقوانين والأنظمة المعمول بها ، كان له وحده حق استعمالها .

م ١٠٥٧ : ١ — حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساق والقنوات والمصارف ملك أصحابها ، ولا يجوز لغيرهم أن يتصرف فيها بوجه من الوجوه . فمن حفر بئراً فى حريم بئر مملوك لشخص آخر أجبر على ردمه ، ولكن إذا حفر البئر خارج هذا الحريم فلا يجبر على الردم حتى لو أخذ بئره ماء البئر الأول .

٢ — ولا حريم لبئر حفره شخص فى ملكه ، ولجاره أن يحفر هو أيضاً بئراً فى ملك نفسه حتى لو جذب ماء البئر الأول .

(والتقنين العراقى يختلف عن التقنين المصرى فى أنه لا يجعل للجار حق الحصول على الشرب من مسقاة جاره إلا باتفاق معه) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (وانظر فيما يتعلق باسناد الإنشاءات الفنية على ضفة المجرى المقابلة المادتين ٧٩ و ٨٠ — وانظر فى هذه المسألة فى القانون اللبنانى حسن كيرة دروس فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات بالآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — وانظر بوجه عام فى القيود المتعلقة بالمياه فى القانون اللبنانى حسن كيرة المرجع المشار إليه ص ١٢٥ — ص ١٣٨) .

ويلاحظ أن النص سالف الذكر لا يقتصر على حق الشرب . بل هو يشمل إلى جانب حق الشرب حق المسيل (الصرف) فى إحدى صورتيه . فقد تقدم أن حق المسيل إما أن يباشر فى المصرف الخاص المملوك للجار بعد أن يستوفى هذا حاجته منه وهذه هى الصورة التى يعرض لها النص . أو من طريق إنشاء مصرف خاص فى أرض الجار لتصل مياه الصرف بواسطته إلى المصرف العام وهذه صورة أخرى لا يعرض لها النص ويعرض لها نص آخر . وحتى لا يتجزأ حق المسيل ، نقتصر فى معرض النص الذى نحن بصدده على حق الشرب دون حق المسيل ، ونستبقى صورة حق المسيل التى عرض لها النص لتنضم إلى الصورة الأخرى ، وبذلك نبحث حق المسيل فى كل من صورتيه فى مكان واحد .

٤٤٣ — شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة) : تتلخص شروط الحصول على حق الشرب فى أن يكون للمالك مسقاة خاصة ، استوفى منها حاجته . وله جار ، هو أيضاً فى حاجة إلى رى أرضه . فعندئذ يجوز للجار أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة فى هذه المسقاة . على أن يدفع لمالك المسقاة مقابلا لما انتفع به من مائها سيأتى بيانه . ولم يكن التقنين المدنى السابق يجعل للجار حق الشرب على النحو المتقدم بيانه . إذ كانت المادة ٥٣/٣٢ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أن « من أنشأ ترعة ، فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه »[1]. ولكن لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ أعطت ، فى المادة ٨ منها ، للجار أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط التى تقررت فيما بعد فى التقنين المدنى الجديد[2].

وإعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة . فمالك المسقاة مصلحته فى أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا دون شريك له فى مسقاته ، حتى لو فاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره . ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة ، تنطوى على أنانية لا مبرر لها . ويتغلب على هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٢ فى الهامش .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤٢ فى الهامش .

للجار فى أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة فى المسقاة وهو فى حاجة إليها ، فى حين أن المالك قد استوفى حاجته . على أن يعوض الجار المالك فيما أخذ من مائه .

فالشروط إذن للحصول على حق الشرب أربعة : (١) للمالك مسقاة خاصة .(٢) استوفى منها حاجته . (٣) وله جار . (٤) هو فى حاجة إلى رى أرضه .

٤٤٤ — الشرط الأول — للمالك مسقاة خاصة : يجب هنا التمييز بين الترعة العامة والمسقاة الخاصة .

فالترعة العامة ، كما تنص المادة ٢ من قانون الرى والصرف ، هى « كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال العمومية أو فروعها ، وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الأشغال العمومية بوصفها ترعا عامة وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف » . فالترع التى أنشأتها الحكومة أو تنشئها ، لرى الأراضى الزراعية ، وتقوم بنفقات صيانتها، وتدرجها بسجلاتها، تعتبر ترعا عامة . و« يجوز ، كما تنص المادة ٤ من قانون الرى والصرف ، بقرار من وزير الأشغال العمومية (وزير الرى) أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة عامة أو مصرفا عاما ، إذا كانت هذه المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو إذا كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة ويصب فى أى منها . ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما[1] » .

ولوزارة الرى الهيمنة على توزيع مياه الرى بالمجارى العامة على اختلاف

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانونى تبينه لائحة الترع والجسور ، فمن واجب المحكمة إذن أن تراعى فى قضائها ما جاءت به تلك اللائحة فى هذا الصدد فإذا هى لم تفعل ، واعتمدت فقط فى قيام صفة الترعة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن الترعة بجسريها عمومية ، كان حكمها متعينا نقضه (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٢ ص ٣٩٩ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣) .

أنواعها . وتوزيع مياه كل مجرى عام على المآخذ الخاصة التي تتغذى منه . ولها إدخال ما ترى إدخاله من التغيير والتعديل في نظام الري والصرف ، وتطهير ما ترى ضرورة لتطهيره من الترع والمصارف العامة في الأوقات ، وبالكيفية التي تراها (م ٣١ ري وصرف)[١]. ولا يجوز إنشاء مآخذ المياه في جسور النيل أو جسور الترع العامة قبل الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري . ويكون إجراء جميع الأعمال الواقعة تحت جسور النيل بواسطة وزارة الري وعلى نفقة الطالب (م ٣٦ ري وصرف)[٢] .

---

(١) والحكومة مسئولة عن ضمان وصول المياه للأراضي وتوزيعها توزيعاً عادلاً ، فإذا ثبت خطأ عمالها وتحقيق ذلك أمكن الرجوع عليها بالتعويض (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ ص ٨٧٧ - ١٤ يناير سنة ١٩١٨ المحاماة ٩ ص ٣٦٨ - استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٥) - وقد أصبح بموجب لائحة الترع والجسور ثم بموجب قانون الري والصرف ، أخذ الأتربة من الأراضي للأعمال اللازمة لوقاية الجسور ، وإلقاء ناتج تطهير الترع والمصارف العامة في الأراضي الزراعية ، كلا الأمرين في مقابل تعويض عادل (م ٦ ري وصرف) . وأصبحت كذلك المعاونة السنوية من الأهالي في دفع أخطار الفيضان في مقابل أجور مناسبة تعطى للمكلفين بالمعاونة (م ٥٧ ري وصرف) .

(٢) وتنص المادة ٣٣ من قانون الري والصرف على أن « يعين وزير الأشغال العمومية (وزير الري) المناوبات على اختلاف أنواعها وتواريخ السدة الشتوية ، وتعليق هذه المواعيد بالجريدة الرسمية ، وتنشر على الأهالي بالطرق الإدارية . ويجوز لمفتش الري في أي وقت أن يأمر ، ولو خلال أدوار العمالة ، بمنع أخذ المياه من ترعة أو من مجموعة من الترع العامة ، وذلك لضمان توزيع المياه توزيعاً عادلاً ، أو لمنع إعطاء الأراضي مياهاً أكثر من حاجتها » . هذا ولا يجوز للحكومة أن تتعسف في استعمال سلطتها هذه . وإلا كانت مسئولة نحو من أحاق به ضرر من جراء تعسفها (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣) .

وتنص المادة ٣٧ من نفس القانون على أنه « إذا تبين لتفتيش الري أن تصرف مآخذ المياه المملوكة للأفراد والموجودة في جسر إحدى الترع العامة والمعدة للري ، يزيد أو ينقص عن حاجة الأرض المخصصة لها ، بسبب زيادة عددها أو نقصه أو اتساعها أو اتساع مستوى فرشها أو انخفاضه ، فلتفتيش الري ، بعد التعرف على وجهات نظر أصحاب تلك الأراضي في جلسة يحددها ، أن يقوم بإنقاص عدد المآخذ أو زيادته أو توسيعها أو تضييقها أو رفع مستوى فرشها أو خفضه بما يحقق الغرض ، وذلك على نفقة الحكومة ... أما إذا طلب المالك من تفتيش الري إجراء تعديلات مماثلة ، جاز للتفتيش أن يقوم بذلك على نفقة الطالب » .

وتقضي المادة ٤٠ بأنه إذا تبين لتفتيش الري أنه يوجد أكثر من طريق لري الأرض ، جاز له أن يأمر بإبطال ما يراه زائداً من المآخذ على الحاجة ، ويكون هذا الإبطال على نفقة الحكومة . وتقضي المادة ٤١ بأنه إذا اتخذت الوسائل لتوصيل المياه من النيل أو من إحدى الترع العامة إلى أرض تروى من أحد مآخذ المياه ، جاز لتفتيش الري إبطال المآخذ وإزالته على نفقة الحكومة .

أما المسقاة الخاصة فهى مجرى ماء معد للرى ، يسنه المالك فى أرضه لريها . وتقضى المادة ١/٨٠٨ مدنى كمبدأ عام ، كما رأينا ، بأن من أنشأ مسقاة خاصة ، طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . وصاحب الأرض المنتفع بالمسقاة الخاصة مكلف ، على نفقته ، بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف)[1] .

٤٤٥ — **الشرط الثانى — استوفى المالك حاجته من المسقاة** : ولما كان المالك هو الذى أنشأ المسقاة الخاصة على نفقته ، أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وهو الذى يقوم بتطهيرها وصيانتها ، فإن له الأولوية فى رى أرضه منها ، إذ هى ملكه ، والمالك أحق بما ملك .

وله أن يستوفى حاجته كاملة من المسقاة ، فيروى أرضه منها ريا كافيا . وإذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للرى ، كأن كان بإمكانه حفر بئر ارتوازية ، أو الحصول على حق مجرى قريب من النيل أو من ترعة عامة ، لم يكلف الالتجاء إلى هذه الوسائل مادامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لرى أرضه . فإذا روى

---

(١) فإن هو قصر ، جاز لتفتيش الرى تطهيرها على نفقته (م ١٢ رى وصرف) ، أو إذا منع بغير حق من الانتفاع بمسقاته وكان حائزاً لها مدة سنة ، صدر من مفتش الرى قرار موقت بتمكينه من استعمال حقه (م ١٥ رى وصرف) . وتنص المادة ١٤ من قانون الرى والصرف على أن « تعتبر الأراضى التى تمر فيها مسقاة أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاق لصالح الأراضى الأخرى التى تنتفع بتلك المسقاة أو بذلك المصرف ، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك » . وتنص المادة ٢١ من نفس القانون على أنه « إذا رأى مفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى من ذوى الشأن ، أن أحد المصارف أو المساقى الخاصة أصبح عديم الفائدة أو مضراً وأمكن الاستغناء عنه لوجود طريق آخر للرى أو للصرف ، جاز له أن يصدر قرارا بسد أو إبطال تلك المسقاة أو المصرف ، أو منع الضرر إذا لم يمكن الاستغناء عن المسقاة أو المصرف ، وإلزام صاحبها بتنفيذ القرار فى موعد معين ، وإلا جاز للتفتيش إجراء ذلك على نفقته » .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استند فى اعتباره المسقاة محل الدعوى مسقاة خصوصية إلى أدلة مؤدية إلى ذلك ، فإنه لا يعيبه كونه لم يرد على ما تمسك به القائلون بأنها ترعة عمومية مع أنها ثابتة فى خرط المساحة ، أو أنها تروى أطيانا لأشخاص آخرين ومقام عليها كوبرى ، إذ أن ورود إثبات المسقاة فى خرط المساحة لا يصلح دليلا على أنها مسقاة عمومية ، كما أن انتفاع ملاك آخرين بها بالرى منها أو إقامة وزارة الأشغال كوبريا عليها — ذلك لا يمنع كونها مسقاة خصوصية محملة بحق ارتفاق للغير أو للمصلحة العامة. (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٩٩) .

أرضه بأكلها ريا كافيا من هذه المسقاة ، وفاضت مياه بعد ذلك . فحينئذ يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة .

٤٤٦ — الشرط الثالث — أن يكون طالب حق الشرب جارا لمالك المسقاة : ويجب أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة فى المسقاة جارا لمالك صاحب المسقاة . والجوار هنا له صور ثلاث : تدخل كلها فى المعنى المقصود بالجوار :

أولا — أن تكون أرض الجار ملاصقة لضفة المسقاة ، فتكون المسقاة فى هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك . وقد انعقد الإجماع على أن للجار فى هذه الصورة أن يطلب حق الشرب ، إذ هو جار ملاصق للمسقاة ذاتها .

ثانيا — أن تكون أرض الجار فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه المسقاة ، فتعبر مياه المسقاة فى هذه الصورة أرض الجار فى مجرى يحصل عليه المالك ، حتى تصل مياه المسقاة إلى أرض المالك . وفى هذه الصورة لا شك أيضاً فى أن أرض الجار تعتبر ملاصقة للمسقاة ، بحكم مرور مياه المسقاة فيها ، فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب من المسقاة .

ثالثا — أن تكون المسقاة داخل أرض المالك ، غير ملاصقة لأرض الجار ، فلا هى تقع فى حدود هذه الأرض ، ولا هى تعبرها حتى تصل إلى أرض المالك . وفى هذه الصورة الأخيرة لا تكون أرض الجار ملاصقة للمسقاة ذاتها ، ولكنها ملاصقة لأرض المالك التى أنشئت فى داخلها المسقاة . وهذه الصورة وحدها هى محل الخلاف ، دون الصورتين الأوليين . فبعض يذهب إلى أنه لا يكون للجار فيها أن يحصل على حق الشرب ، إذ يشترط للحصول على هذا الحق الجوار للمسقاة ذاتها ، ولا يكفى مجرد الجوار للأرض التى أنشئت فيها المسقاة[1] . وبعض آخر يذهب إلى أنه يكفى الجوار للأرض التى أنشئت فيها

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٩٢ — محمد على عرفة فقرة ٢٠٨ — شيرون بحث فى نظام الرى فى القانون المصرى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٦٤ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٦ — ويستند الأستاذ محمد على عرفة إلى المادة ١٣ من قانون الرى والصرف ، وهذا النص لا شأن له بهذه المسألة ، فهو إنما يعرض للأرض الواقعة على جانبى مسقاة أو مصرف —

المسقاة ، ولا ضرورة لأن تكون المسقاة نفسها ملاصقة لأرض الجار . وهذا هو الرأى الذى نأخذ به ، لأن عبارة « الملاك المجاورين » التى وردت فى نص المادة ٢/٨٠٨ مدنى جاءت مطلقة لا تميز بين جار ملاصق للمسقاة وجار ملاصق للأرض التى فيها المسقاة ، فكلاهما « جار » فى معنى النص . ولأن الحكمة فى الحالتين متوافرة ، فالجار فى حالة ملاصقته للمسقاة وفى حالة ملاصقته للأرض التى فيها المسقاة فى حاجة إلى رى أرضه ، وماء المسقاة يفيض عن حاجة مالكها ، فواجب التضامن الاجتماعى يقضى فى الحالتين بأن يكون للجار الحصول على حق الشرب[1] . ولا شك فى أن الجار ، فى هذه الصورة الأخيرة ، لا يكتفى بالحصول على حق الشرب ، بل هو فى حاجة أيضاً إلى حق المجرى . إذ يجب أن تعبر مياه المسقاة غير الملاصقة لأرضه جزءاً من أرض المالك حتى تصل إلى أرض الجار . ومن ثم يكون للجار أن يحصل أيضاً ، إلى جانب حق الشرب ، على حق المجرى فى أرض المالك ، وشرط حق المجرى هنا متوافر إذ الجار فى حاجة إلى المياه لرى أرضه . فيأخذها من المسقاة عن طريق الحصول على حق المجرى فى أرض المالك .

وقد يتعدد الملاك المجاورون ، بعض يجاور المسقاة ذاتها وبعض يجاور الأرض التى فيها المسقاة . أو كلهم يجاورون المسقاة ذاتها ، أو كلهم يجاورون الأرض التى فيها المسقاة . فى جميع هذه الأحوال ، لا تكون مجاورة المسقاة ذاتها سبباً لتفضيل جار على جار آخر ، بل العبرة بالحاجة إلى المياه الفائضة . فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه قدم على الآخرين ، واستوفى حاجته منها قبل غيره . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى كما رأينا : « ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولا ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فإذا تزاحموا

= خاص ، وتكون مملوكة لملاك متعددين ، فيعتبر « بالنسبة إلى أعمال التطهير والصيانة محور المسقاة أو المصرف حداً فاصلا بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٣٧١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٤٣ ص ٣٩٧ – إسماعيل غانم فقرة ٥١ ص ١٠٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٦ ص ١٠٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٢ ص ٦٦

قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة[1].
والجهة الإدارية المختصة هنا هي تفتيش الرى .

٤٤٧ — الشرط الرابع — الجار فى حاجة إلى رى أرضه : ويشترط أخيراً ، حتى يحصل الجار على حق الشرب ، أن يكون فى حاجة إلى رى أرضه ريا كافيا . فإذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلا لرى أرضه . قامت به هذه الحاجة ، حتى لوكان يستطيع أن يسدها بالالتجاء إلى طرق أخرى كحفر بئر إرتوازية أو بجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر . فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ إلى طريقة دون أخرى ، ومادام فى حاجة إلى رى أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك . ويستطيع أيضاً أن يطلب حق الشرب ، حتى لوكان عنده مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف لرى أرضه بأكملها ، كمسقاة صغيرة أو بئر إرتوازى . فالقانون يعطيه الحق فى الشرب لرى أرضه « ريا كافيا » ، وتقول المادة ١٦ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد : « إذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا ... إلا باستعمال مسقاة ... فى أرض الغير .. » .

وكما قد يتعدد الملاك المجاورون ، قد يتعدد أيضاً الملاك الذين يملكون المساقى الخاصة . فإذا كان الجار محاطا بملاك متعددين كل منهم يملك مسقاة خاصة . فالظاهر أن له أن يختار أيا من هؤلاء الملاك يطالبه بحق الشرب . وهو لا شك يحكم مصلحته فى ذلك ، فيختار المالك الذى يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أيسر من الملاك الآخرين . وليس له أن يتعنت ، فإذا عدل عن هذا المالك إلى مالك آخر يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة ، رده تفتيش الرى عن تعنته ، واختار له أيا من الملاك حق الشرب من عنده هو أيسر .

٤٤٨ — الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب — التعويض الواجب دفعه : تنص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف (المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦) على أنه « إذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤١ .

مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير ، وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن أو وكلائهم الرسميين ، فيرفع شكواه لمفتش الرى ليأمر بإجراء التحقيق فيها . وعلى التفتيش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب ، فى مدة لا تجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه . ويتولى الباشمهندس إجراء التحقيق فى موقع المسقاة أو المصرف ، وعليه أن يعلن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول كل ذى شأن أو وكلاءهم الرسميين بالمكان والوقت اللذين يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل . وترفع نتيجة هذا التحقيق إلى المفتش ، الذى يصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه ، بعد استيفاء التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ، ويعلن القرار المذكورة لكل ذى شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول .. » .

والنص سالف الذكر لا يتعلق فحسب بحق الشرب ، بل هو أيضاً كما نرى يتناول حق المجرى وحق المسيل . فإجراءات هذه الحقوق الثلاثة – الشرب ، والمجرى والمسيل – واحدة . ويلاحظ ، فيما يتعلق بحق الشرب ، أن النص لا يذكر حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها .

ويخلص من النص أن الجار ، إذا أراد الحصول على حق الشرب ، ولم يستطع التراضى على ذلك مع مالك المسقاة ، رفع طلبه إلى مفتش الرى وهذا يحيل الطلب إلى الباشمهندس لينتقل إلى موقع النزاع ويعاين الأراضى المتجاورة على الطبيعة . ثم يرفع تقريره إلى مفتش الرى بنتيجة المعاينة . وعلى مفتش الرى أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب ، وله أن يستوفى التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك . وبعد كل هذا يصدر المفتش ، فى خلال شهرين من تاريخ استيفائه للخرائط والمستندات ، قرارا مسببا بإجابة طلب الجار إلى حق الشرب أو رفض الطلب . وهذا القرار الإدارى يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى(١) .

---

(١) ويعاقب قانون الرى والصرف مخالفة الأوامر والقرارات الصادرة وفقا للمادة ١٦ =

وإذا قضى القرار بإجابة الطلب ، وأجاز للجار الانتفاع بالمسقاة وجب تعويض مالك المسقاة ، و« يشمل التعويض أداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية لتلك المسقاة (أو المصرف) » (م ١٨ رى وصرف) . وتقول المادة ٢/٨٠٨ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « وعلى ملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما . بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما » . والمفروض هنا أن الأراضى التى تنتفع من المسقاة (أو المصرف) يكون انتفاعها كاملا ، ولذلك يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأراضى . فإن كان الانتفاع جزئيا ، وجبت مراعاة ذلك أيضاً عند تقدير التعويض ، فيكون بنسبة مساحة الأراضى وبنسبة هذا الانتفاع الجزئى .

وتنص المادة ٧٧ من قانون الرى والصرف على أنه « فى جميع الأحوال التى يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ، تقرر قيمته ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برياسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ويكون نهائياً . ومن ثم تكون هذه اللجنة هى المختصة بتقدير التعويض ، ويجوز الطعن فى قرارها أمام القضاء الإدارى . وبذلك تكون المنازعات وتقدير التعويضات المتعلقة بالرى والصرف من اختصاص الإدارة واللجان الإدارية[١] .

= سالفة الذكر بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه (م ٢/٧٢ رى وصرف) . ويختص بالفصل فى الجريمة لجنة إدارية برياسة محافظ الإقليم أو السكرتير العام للمحافظة ووكيل تفتيش الرى أو من ينيبه وعضو شياخات تعينه لجنة الشياخات . أما فى المحافظات ، بحسب نظام المديريات والمحافظات القديم ، فتشكل اللجنة من المحافظ أو من ينوب عنه رئيسا ومن عضو من مصلحة الرى ينديه وزير الأشغال العمومية وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين فى المحافظة (م ٧٥ رى وصرف مضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ومعدلة بالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) .

(١) ونرى من ذلك أن جميع مسائل الرى والصرف ، ويدخل فى ذلك الجرائم والعقوبات ، أصبحت الآن من اختصاص الجهة الإدارية . وهذه الجهة تفضل الجهة القضائية ، لأنها أقرب إلى تفهم طبيعة هذه المسائل وأسرع فى البت فيها . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً يقضى باختصاص الجهات الإدارية فى هذه المسائل ، فكانت المادة ١١٢٦ من هذا المشروع تنص على أن « تتولى الجهات الإدارية المختصة للفصل فى المنازعات المتعلقة بتطبيق المواد ... وفقاً للوائح الصادرة فى هذا الشأن » . ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حذفت هذا النص ، وتقدمت إلى الحكومة برغبة فى أن تعدل اللوائح الإدارية الخاصة بهذا الموضوع بما يجعل الجهة الإدارية هى =

ويلاحظ أن التعويض الذى يعطى لمالك المسقاة ، فى مقابل حق الشرب الذى حصل عليه جاره ، يشمل جزءاً من مصروفات إنشاء المسقاة وجزءاً من تكاليف صيانتها على النحو المتقدم الذكر . ولا يشمل جزءاً من ثمن الأرض

= المختصة دون غيرها كدرجة أولى، وأن يكون استئناف قراراتها أمام الجهة القضائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢ – ص ٤٣ فى الهامش) .

وقد كان هناك خلاف قديم ، فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كانت المادة ٣٣/٥٤ من هذا التقنين تجعل المحاكم القضائية مختصة بوجه عام فى المنازعات المتعلقة بحقوق الرى والصرف ، فى الجهة المختصة ، أتكون جهة القضاء وفقاً لحكم المادة ٣٣/٥٤ أم جهة الإدارة وفقاً لأحكام لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ أى بعد صدور التقنين المدنى السابق ؟ وكان الرأى السليم إذ ذاك هو أن تكون جهة الإدارة هى المختصة دون جهة القضاء ، إذ أن لائحة الترع والجسور قد أفردت جهات الإدارة بالاختصاص فنسخت أحكام التقنين المدنى السابق فى هذا الشأن . ولكن محكمة النقض قضت بأن تكون كل من الجهة الإدارية والجهة القضائية مختصة فى دعاوى وضع اليد ، أما دعاوى الملك فتبقى من اختصاص الجهة القضائية وحدها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٠ ص ٤٢ – وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٤٢ – وانظر فيما بين صدور قانون الرى والصرف فى سنة ١٩٥٣ والقانون المعدل له الصادر فى سنة ١٩٥٦ نقض جنائى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٢٣٣ ص ٤٧٩ – ٤ أبريل سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٣٧٩ ص ٧٨٣) .

ولم يعد اليوم مجال لقيام هذا الخلاف القديم ، بعد صدور التقنين المدنى الجديد ومن بعده قانون الرى والصرف المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، فنصوص هذه التشريعات متضافرة على أن الاختصاص منعقد للجهة الإدارية دون الجهة القضائية . انظر فى تفصيل هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢٢٣ – فقرة ٢٢٦ مكررة – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه لما كان القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الرى والصرف قد ضمن نصوصه أحوالا خاصة لاستحقاق التعويض عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه ، ثم نص فى المادة ٧٧ على أنه « فى جميع الأحوال التى يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ولم يتم الاتفاق عليه وديا تقدر قيمته لجنة ... » ، فإنه يبين من ذلك أن اختصاص اللجنة مقصور على نظر طلبات التعويض فى الحالات المحددة فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ . أما طلبات التعويض فى غير هذه الأحوال فإن الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة إلا ما استثنى منها بنص خاص . لما كان ذلك ، وكان المدعى قد طلب بالدعوى التعويض عن الأضرار التى لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من أن الحكومة لم تراع الأصول الفنية فى إنشاء المصرفين ولم تتعهدهما بالصيانة والتطهير ، وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ، فإن اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٧٧ من ذلك القانون لا تختص بنظره ، ويكون الاختصاص به للمحاكم (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٢٧ ص ٢٠٢) .

المحفور فيها المسقاة . ذلك لأن المسقاة تبقى ملكا خالصا لصاحبها(1) . ولا يكون للجار عليها إلا حق عيني ليس بحق ارتفاق(2) . ولما كان الجار يتمتع بري أرضه من المسقاة ، فلا محل إذن لعدم اشتراكه في مصروفات إنشاء المسقاة ، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد انتقد اشتراكه في هذه المصروفات(3) . ولما كان لم يساهم في دفع قيمة الأرض التي حفرت فيها المسقاة ، فقد بقيت ملكية المسقاة خالصة لصاحبها كما سبق القول .

وسنرى فيما يلي أن التعويض يدفع مقدماً(4) .

٤٤٩ — الإصلاحات الضرورية للمسقاة التي يتعدد المنتفعون بها — نص قانوني :

تنص المادة ٨١١ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم »(5) .

---

(1) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢٧٣ — محمد علي عرفة فقرة ٢٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٧ — وانظر في أن الاشتراك في نفقات الإنشاء والصيانة كان يجب أن يترتب عليه الاشتراك في ملكية المسقاة محمد كامل مرسي ١ فقرة ٢٩٣ .

(2) انظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(3) ومن هؤلاء الفقهاء شيرون في بحثه في نظام الري في مصر في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٧٤ — محمد علي عرفة فقرة ٢٠٩ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٨ .

وفي حالة تعاقب طلبات الانتفاع بالمسقاة من الجيران ، وجب على كل جار يأتي لاحقاً أن يتحمل ، فوق تكاليف الصيانة ، حصته في نفقات الإنشاء ، ويرد لمن سبقوه من الجيران والمالك نصيب كل منهم في هذه الحصة .

(4) انظر ما يلي فقرة ٤٥٣ .

(5) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١ — ص ٤٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور كانت تقضي بتكليف المنتفعين بإصلاح المسقاة أو المصرف . فإذا تعذر عليهم ذلك أجرت الحكومة الإصلاح على نفقتها ورجعت على المنتفعين بحسب اقتدارهم ، فإذا تحقق عدم الاقتدار تجاوزت الحكومة عن الرجوع .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : —

والنص يعرض للمسقاة الخاصة وللمصرف الخاص ، ونقتصر هنا على المسقاة الخاصة . فقد يتعدد المنتفعون بها ، وأكثر ما يقع هذا التعدد بأن يكون ملاك هذه المسقاة متعددين وقد اشتركوا جميعا فى إنشاء المسقاة ، أو بأن يكون واحد من المنتفعين هو وحده الذى أنشأ المسقاة فى أرضه وحصل المنتفعون الآخرون على حق الشرب منها وفقا للأحكام التى قدمناها[1]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون، سواء لأنهم اشتركوا جميعا فى الإنشاء ، أولأن واحدا منهم هو المنشئ وثبت للباقى حق الانتفاع وفقاً لما تقدم من الأحكام ، فإنهم يشتركون جميعا فى الإصلاحات الضرورية ، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم »[2] .

فإذا كان المنتفعون كلهم ملاكا للمسقاة ، كان لكل منهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض . وتنص المادة ١٠ من قانون الرى والصرف على أن « لأصحاب الأراضى التى تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضى المذكورة . ويفصل مفتش الرى بقرار نهائى فى كل نزاع ينشأ فى كيفية استعمالهم هذا الحق »[3].

وسواء كان المنتفعون كلهم ملاكا للمسقاة أوكان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب ، فالجميع ملزمون ، كما رأينا ، بتطهير المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم[4] . وتنص المادة ١١ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ .

(٣) وتنص المادة ١٣ من قانون الرى والصرف على أنه « إذا كانت الأرض الواقعة على جانبى مسقاة أو مصرف خاص مملوكة لملاك متعددين ، اعتبر ، بالنسبة لأعمال التطهير والصيانة ، محور المسقاة أو المصرف حدا فاصلا بين أملاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

(٤) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ .

على أن « أصحاب الأراضي المنتفعة بالمساقي والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة » . ويجب فهم هذا النص على معنى واسع . فيدخل فيما يكلف به المنتفعون على نفقتهم جميع الإصلاحات الضرورية للمسقاة . وإذا قامت الحاجة إلى إصلاحات ضرورية للمسقاة ، وجب على الجميع القيام بها على نفقتهم ، كل بنسبة مساحة أرضه . ويجوز لأى منهم ، سواء كان هو المنشئ للمسقاة أو كان له عليها حق شرب فقط ، أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام . وهذا الحكم هو ما تؤكده المادة ٨١١ مدنى فيما رأينا إذ تقول : « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف ببيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المنتفعين بالقيام بواجبهم من التطهير والصيانة وحفظ الجسور وجميع الإصلاحات الضرورية . وهى تنص على أنه « إذا لم يقم أصحاب الأراضى بإجراء ما هو مبين فى المادة السابقة (التطهير والصيانة الخ) ، جاز لمفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذى شأن ، أن يكلفهم بتطهير المسقاة أو المصرف ، أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافه ، أو بصيانتهما ، أو بترميم جسورهما ، أو بإعادة إنشاء هذه الجسور ، فى موعد معين ، وإلا قام تفتيش الرى بإجراء ذلك وتحصيل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضى كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف . ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير » . ويتبين من ذلك أن إصلاح المساقى والمصارف الخاصة أمر لا يعنى فحسب المنتفعين بها ، بل يعنى أيضاً المصلحة العامة فى الاقتصاد الزراعى ، إذ يقوم تفتيش الرى ، إذا لم يتقدم أحد المنتفعين ، بتكليف هؤلاء بإجراء الأعمال اللازمة للإصلاح ، فإذا امتنعوا قام التفتيش نفسه بهذه الأعمال ورجع بالنفقات على المنتفعين .

§ ٢ – المجرى والمسيل

٤٥٠ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨٠٩ مدنى على ما يأتى :

« يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضاً عادلا »(١).

ويقابل النص المادة ٥٤/٣٣ من التقنين المدنى السابق(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٦٣ — ٩٦٤ و٩٦٨ و٩٨٠ — ٩٨١ و٩٨٤ — ٩٨٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٨ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٢ — ١٠٥٤ و ١٠٥٨ —

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٣ من المشروع التمهيدى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من النص كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « بشرط أن يعوض عن ذلك مقدما » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٨ فى المشروع النهائى . واستبدل مجلس النواب عبارة « تعويضا عادلا » بكلمة « مقدما » ، ووافق على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٨٧٧ . وأقره مجلس الشيوخ بهذا التعديل تحت رقم ٨٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧ — ص ٣٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٤/٣٣ : يجب على كل صاحب أرض أن يحمل ممراً فى أرضه للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه ، فى نظير تعويض يعطى له مقدما بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع تحكم بالكيفية التى يكون بها إنشاء ذلك الممر ، وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر . وليس لصاحب الأرض التى يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضى التى دونه على قبول مياهه بأراضيهم .

ويتبين من هذا النص أن هناك فروقا بين التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الجديد تتلخص فيما يأتى : (أ) لم يكن التقنين المدنى السابق يقرر حق المسيل ، بل اقتصر على تقرير حق المجرى . ولكن لائحة الترع والجسور التى أعقبت التقنين المدنى السابق فى سنة ١٨٩٤ تلافت هذا النقص ، فقررت المادة ١٥ من هذه اللائحة حق المسيل أسوة بحق المجرى . ولما كانت لائحة الترع والجسور تشريعا لا يسرى على الأجانب (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٧) ، فقد صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩١٢ يعدل المادة ٥٤ من التقنين المدنى المختلط ويقرر حق المسيل . (ب) وفى حق المجرى يختلف التقنين المدنى السابق عن التقنين المدنى الجديد فى مسألتين : أولاهما أن التقنين السابق لم يسمح بحق المجرى إلا للمياه « اللازمة » لرى الأرض ، لا للمياه « الكافية » التى يسمح بها التقنين الجديد . والمسألة الثانية أن التقنين السابق قد فرض اختصاص المحاكم القضائية فى مسائل الصرف والرى دون الجهة الإدارية . أما فى التقنين الجديد فهذا الاختصاص للجهة القضائية غير مقرر ، والذى تقرر على العكس من ذلك هو اختصاص الجهة الإدارية ، كما بينا فيما تقدم (انظر آنفا فقرة ٤٨٤ فى الهامش) .

وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٩–٦٠ و ٦٤ و ٧٧ – ٧٨ و ٨١ – ٨٣[1].

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٦٣ – ٩٦٤ (تقرران حق المسيل للمياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضى العالية و مياه والعيون النابعة) .

م ٩٦٨ : على كل مالك عقار أن يبنى سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار فى أرضه أو فى الطريق العمومية ، مع مراعاة الأنظمة الخاصة المتعلقة بالطرقات . ولا يجوز له إسالة هذه المياه فى الأرض المجاورة .

م ٩٨٠ : يمكن لكل مالك عقار يريد أن يستعمل لرى أرضه المياه الطبيعية أو الاصطناعية ، التى يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه فى الأراضى المتوسطة بينها وبين أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضا معجلا .

م ٩٨١ : يمكن أيضاً لمالك العقار المذكور أن يحصل ، لقاء تعويض معجل ، على إجازة لإمرار المياه التى تسيل من أرضه بعد ريها على هذه الصورة ، فى الأراضى التى تكون تحتها .

م ٩٨٤ : ١ – لكل مالك عقار ، يريد إصلاح أرضه بإسالة مياهها أو بأية طريقة أخرى للتجفيف ، أن يمر هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع ، تحت الأرض أو فوقها ، عبر الأراضى الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أى خندق آخر لمسيل المياه . ٢ – ويستثنى من هذا الارتفاق البيوت والباحات والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للمساكن .

م ٩٨٥ : يحق لمالكى العقارات المجاورة أو التى تجتازها المياه أن يستعملوا المنشآت المحدثة ، عملا بالمادة السابقة ، لإسالة مياه أراضيهم . وفى هذه الحالة يلزمهم : (أ) قسم من أكلاف المنشآت بنسبة استفادتهم منها . (ب) النفقات الناجمة عن التحويرات التى قد يترتب إحداثها لاستعمال هذا الحق . (ج) الحصة التى تصيبهم فيما بعد من أكلاف صيانة هذه المنشآت التى تصبح مشتركة .

م ٩٨٦ : إن المنازعات التى قد تسفر عن إحداث حق الارتفاق هذا وعن استعماله ، وعن تحديد مجرى المياه ، وعن القيام بالأشغال اللازمة لإسالة المياه أو التجفيف ، أو عن التعويضات . وأكلاف الصيانة ، ترفع إلى قاضى صلح المنطقة الذى يتوجب عليه ، عند إصدار حكمه ، أن يوفق بين مصالح المشروع وبين الاحترام الواجب لحق الملكية .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٢ – ١٠٥٤ (توافق المواد ٩٦٣ – ٩٦٤ و ٩٦٨ من التقنين السورى) .

م ١٠٥٨ : ١ – على صاحب الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أراضى غيره البعيدة عن مورد المياه، وليس فيها ماء للزراعة، ولا سبيل لمرور المياه فيها مباشرة ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عام ، بشرط أن يدفع لصاحب الأرض مقدما أجراً سنويا ، وعلى شرط ألا يخل ذلك بانتفاع صاحب الأرض إخلالا بينا .. ٢ – وعلى صاحب الأرض أن يسمح كذلك بأن تقام على أرضه الإنشاءات الفنية الضرورية للمجرى والمسيل اللازمين للأراضى البعيدة، بشرط أن يستوفى عن ذلك أجراً سنويا مقدما . وله أن يستفيد –

ويقرر النص حق المجرى للأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وحق المسيل للأراضى البعيدة عن المصارف العامة . والمسيل يقابل المجرى ، وقد يقابل الشرب كما سنرى . وكلاهما يجب للحصول عليه توافر شروط معينة . وله إجراءات ، ويجب أن يدفع عنه تعويض عادل . والمنتفعون بالمروى (فى حق المجرى وكذلك فى حق الشرب) أو بالمصرف (فى حق المسيل) يلتزمون بإجراء الإصلاحات الضرورية للمروى أو للمصرف . كذلك يكون المنتفع بالمروى أو بالمصرف مسئولا عن الضرر الذى يصيب الأرض التى يمر بها أى منهما . ونبحث هذه المسائل على التعاقب .

٤٥١ — المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب : يأخذ حق المسيل إحدى صورتين : (١) فهو فى الأصل يقابل حق المجرى ، فكما يكون للجار حق المجرى لمرور مياه الرى من أرض جاره حتى تصل إلى أرضه ، كذلك يكون له حق المسيل لمرور مياه الصرف بعد رى أرضه من أرض جاره حتى تصل إلى أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدنى) . (٢) وقد يقابل حق المسيل حق الشرب ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدنى تقضى بأنه يجوز للجار أن يستعمل المسقاة أو المصرف المملوك لجاره لأخذ مياه الرى من المسقاة ولتصريف مياه الصرف فى المصرف .

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الرى والصرف . فتارة يستعمل الجار مسقاة جاره للرى وهذا هو حق الشرب الذى فصلناه فيما تقدم ، ويستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو هو حق المسيل فى إحدى صورتيه المتقدمتى الذكر . وطورا لا يستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه ، وإنما يجرى مياه الرى فى أرض جاره لتصل إلى أرضه وهذا هو حق المجرى ، ويصرف مياه الصرف عبر أرض جاره فى ممر هو الذى ينشئه على نفقته لتصل المياه بواسطة هذا الممر إلى المصرف العام وهذا هو حق المسيل فى صورته الأخرى .

= من هذه الإنشاءات بشرط أن يتحمل من مصروفات إنشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته .

٣ — إذا لم يتفق الطرفان على الأجر ، تولت تقديره المحكمة .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٥٩ — ٦٠ و ٦٤ (توافق المواد ٩٦٣ — ٩٦٤ و ٩٦٨ من التقنين السورى) .

م ٧٧ — ٧٨ و ٨١ — ٨٣ (توافق المواد ٩٨٠—٩٨١ و ٩٨٤— ٩٨٦ من التقنين السورى) .

٤٥٢ – الشروط الواجب توافرها لنشوء حق المجرى وحق المسيل :
للحصول على حق المجرى أو حق المسيل يجب توافر الشرطين الآتيين :

(الشرط الأول) يجب أن يكون من يطلب هذا الحق جاراً مالك الأرض التي يراد استعمال الحق فيها .

ففيما يتعلق بحق المجرى يجب أن يكون طالب هذا الحق مالكا للأرض المجاورة للأرض التي يطلب فيها إنشاء المجرى أو المروى . وهو ينشئ المروى في أرض جاره على نفقته ، حتى يجلب عن طريقها مياه الري الكافية لري أرضه ، فتمر هذه المياه عبر هذا المروى . ومياه الري التي يجلبها قد يأخذها من النيل مباشرة بإنشاء مأخذ للمياه في جسر النيل ، أو يأخذها من مأخذ في جسر إحدى الترع العامة ، أو في جسر ترعة خاصة مملوكة له ، أو في جسر ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب وفقا للقواعد التي أسلفناها أو بالاتفاق مع صاحب هذه الترعة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لري أرضه ، وهي مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له ، أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب[1] » . ويلاحظ أن الجار إذا جلب مياه الري من النيل مباشرة أو من ترعة عامة ، وجب عليه الحصول على ترخيص في ذلك من وزارة الري (م ٣٦ ري وصرف) . فيتعين عليه إذن أن يحصل أولا على هذا الترخيص من جهة الإدارة ، حتى يستطيع أن يطالب بعد ذلك بحق المجرى . ولما كانت الإدارة هي المختصة بالترخيص في مأخذ المياه وباتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على حق المجرى ، فهي لن تتخذ هذه الإجراءات حتى تمنح الجار هذا الترخيص . فإذا ما رفضت إعطاءه الترخيص لم تعد هناك فائدة من تقرير حق المجرى في الأرض التي عينها الجار ، إذ قد يأخذ ترخيصا بمأخذ للمياه في موضع آخر فتتغير الأرض التي يتقرر عليها حق المجرى[2] . هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ١ فقرة ٣٠٣ – محمد علي عرفة فقرة ٢١٣ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٥٧ ص ٤٠٠ – إسماعيل غانم فقرة ٥٢ ص ١١٠ – حسن كيرة =

وقد يكون مأخذ المياه الذى أنشأه الجار منفصلا عن أرض الجار ليس فحسب بأرض جاره المباشر ، بل أيضاً بأرض أو أراض أخرى تجاور أرض الجار المباشر ، فعندئذ يحصل الجار على تقرير حق المجرى فى جميع هذه الأراضى أرضا بعد أخرى ، حتى يستطيع جلب مياه الرى إلى أرضه .

وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورته الأولى ، وهو المسيل المقابل للمجرى ، يجب أيضاً أن تكون الأرض التى ينشئ فيها الجار المصرف على نفقته مجاورة لأرضه ، حتى يسيل ماء الصرف منها فتصل إلى أقرب مصرف عام . وقد يقتضى وصولها لى أقرب مصرف عام أن يخترق المصرف الذى ينشئه الجار أراضى متعددة ، الأرض المجاورة والأراضى أخرى التى تجاورها ، فيتقرر حق المسيل على هذه الأراضى جميعها أرضا بعد أخرى . ويختلف حق المسيل هنا عن حق المجرى فى أن حق المسيل يتقرر لتصل مياه الصرف إلى أقرب مصرف عام، لا إلى مصرف خاص سواء كان مملوكا للجار أو مملوكا للغير كما هو الأمر فى حق المجرى كما بينا[1] . وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورته الأخرى ، وهو المسيل المقابل للشرب ، فقد رأينا أن المادة ٢/٨٠٩ مدنى تنص على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها » . فما قدمناه فى المسقاة ينطبق أيضا على المصرف[2] . فيشترط أن يكون للمالك مصرف خاص ، وقد استوفى حاجته أولا من هذا المصرف ، وأن يكون طالب حق المسيل جارا للأرض وليس من الضرورى أن يكون ملاصقاً للمصرف ذاته[3] . فعند ذلك

= فقرة ٦٨ ص ٢٠٩ – ص ٢١٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ – وقارب شفيق شحاتة فقرة ٦٧٥ ص ٣٦٧ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٥٣ .

(١) انظر فى انتقاد ذلك محمد على عرفة فقرة ٢١٩ ص ٢٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٣) انظر عكس ذلك الأستاذ منصور مصطفى منصور إذ يقول : « أما بالنسبة لحق الصرف فى مصرف الجار الخاص ، فيجب أن تكون الأرض التى تحتاج إلى الصرف مجاورة للمصرف ذاته » =

يجوز لهذا الجار أن يطلب الحق فى صرف المياه بعد رى أرضه فى المصرف الخاص الذى لجاره . ولا يمتد حق الجار فى هذه الصورة إلى أبعد من أرض جاره المباشر الموجود فيها مصرفه الخاص ، فإن مياه المصرف تكون قد وصلت بوصولها لهذا المصرف إلى غايتها ، وتسيل بعد ذلك مع مياه صرف المالك إلى المصرف العام أو المصرف الخاص الذى تستقر فيه مياه هذا المصرف.

(الشرط الثانى) يجب أن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى ، أو إلى صرف مياهه عن طريق المصرف .

ففيما يتعلق بحق المجرى ، يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدى أرض الجار هى إنشاء مروى فى أرض جاره حتى تصل إليه مياه الرى عن طريقها . فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للرى ، كأن كان يستطيع رى أرضه ريا كافيا عن طريق آبار إرتوازية ، أو عن طريق مراو أخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين ، فليس ثمة به حاجة إلى حق المجرى فى أرض جاره ، إذ هو فى غنى عنه بهذه الوسائل الأخرى . ويجب أن تكون هذه الوسائل الأخرى من شأنها أن يستطيع عن طريقها رى أرضه ريا كافيا ، فقد صرحت المادة ٨٠٩

= إذ لو كانت مجاورة للأرض التى فيها المصرف دون أن تجاور المصرف ذاته ، لاقتضى الأمر إمرار مياه الصرف فى أرض الجار لتصب فى مصرفه الخاص ، والمشرع لم يجز إمرار مياه الصرف فى الأرض المجاورة التى يملكها الغير إلا لكى تصب فى مصرف عمومى » (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٦٩) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٧٩ ص ٢٧٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦١ – إسماعيل غانم فقرة ٥٣ ص ١١٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ .

وإذا استقامت هذه الحجة من ناحية التحليل اللفظى للنصوص ، فإن المفهوم بوجه عام من مجموع النصوص أن هناك صورتين للصرف : (الصورة الأولى) تتحقق حيث يعطى الجار حق المسيل على المصرف الخاص للمالك ، وفى هذه الصورة يكون المفهوم هو أن الجار يصل إلى المصرف الخاص بالوسيلة الممكنة ، ولو بشق ممر لمياه الصرف حتى تصب عن طريقه فى المصرف الخاص للمالك . ولهذا نظير فى حق الشرب ، فقد قدمنا أنه متى ثبت للجار حق الشرب من مسقاة المالك ، واقتضى الأمر شق مجرى فى أرض المالك لتوصيل مياه المسقاة إلى أرض الجار ، كان للجار أن يشق هذا المجرى (انظر آنفاً فقرة ٤٤٦) . (والصورة الثانية) تتحقق حيث يعطى للجار حق شق مصرف فى أرض المالك ، وفى هذه الصورة وحدها اشترط القانون أن يصب المصرف الخاص الذى شقه الجار فى أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدنى) .

وغنى عن البيان أن من يشترطون مجاورة المسقاة ذاتها فى حق الشرب يشترطون كذلك مجاورة المصرف الخاص ذاته فى حق المسيل (انظر آنفاً فقرة ٤٤٦ فى الهامش) .

المدنى كما رأينا بأن المياه التى تمر بأرض الجار هى « المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه »[1]. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إذا حصل الجار على حق المجرى ، وجب أن تكون المروى من السعة بحيث يمكن أن تجلب « المياه الكافية » لرى أرضه ، على ماصرح به النص فيما رأينا . وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٣٣/٥٤) يقتصر على السماح بإنشاء ممر فى أرض المالك « للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن مأخذ المياه » ، فكان يمكن تفسير ذلك بأن الجار إذا كان يصله الماء فعلا لم يستطع أن يحصل على حق المجرى فى أرض جاره ، حتى لو كان الماء الذى يصله لا يسمح برى الأرض كلها ريا كافيا »[2] .

وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورتيه ، يجب أيضاً أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار هى حصوله على حق مسيل فى أرض جاره . فإذا كانت لديه وسائل أخرى ، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل فى أراضيهم ، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل فى أرض جاره . وما قلناه فى الرى الكافى يقال أيضاً فى الصرف الكافى ، فيجب أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفا كافيا[3].

---

(١) وقد توسع القضاء المختلط فى منح حق المجرى بالرغم من ضيق نصوص التقنين المدنى المختلط وعدم تطبيق لائحة الترع والجسور لأن اللائحة لم تكن سارية على الأجانب ، فكان يقضى بمنح حق المجرى إذا ثبت أنه الوسيلة الوحيدة لاستغلال الأرض بطريقة عملية مقبولة ، حتى لو كان من غير المستحيل الحصول على الماء بوسيلة أخرى ، ويمنح هذا الحق أيضاً حتى لو كانت المياه تصل الأرض ولكنها لا تكفى إلا للزراعة الشتوية ، وبأن من حق الجار أن يحصل على المياه الكافية بإقامة آلة رافعة فى أرض المالك إذا ثبتت فائدة هذه الآلة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٣٤٦ – ٥ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٣) – فمن باب أولى تطبيق هذه الأحكام بعد أن توسع التقنين المدنى الجديد وقانون الرى والصرف فى حق المجرى . انظر محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٨ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ .

(٣) فإذا كان يستطيع صرف مياهه صرفا غير كاف ، لم يمنعه ذلك من طلب حق المسيل . ونص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « إذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير .. » .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز أن يدفع ضد الجار الذى يطالب بحق المسيل بأن فى إمكانه صرف مياهه بوسائل ميكانيكية (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٢) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١٤ ص ٤١٦ .

والمياه التي يطلب من أجلها حق المسيل هي المياه التي تتخلف بعد ري أرض الجار ، أما المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة كمياه الأمطار فهذه لا يقرر القانون حق مسيل بالنسبة إليها . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصاً يعطي حق المسيل لهذه المياه أيضاً ، فكانت المادة ١١٧٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل في أرضه المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة عنها كمياه الأمطار ، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسراً يسد الماء ، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتي ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك »[1]. وكان حق المسيل الذي قرره المشروع التمهيدي في هذا الخصوص يتعارض مع التقنين المدني السابق ، إذ كانت المادة ٦٤/٤٢ من هذا التقنين تنص على أنه « يجب على كل مالك أن يصرف في أرضه أو في الطريق العام مياه الأمطار ومياهه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحية » . ولما عرض نص المشروع التمهيدي سالف الذكر على لجنة المراجعة ، قررت حذفه لعدم الحاجة إليه في مصر ، حيث يقل نزول الأمطار[2] .

٤٥٣ — إجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل والتعويض الواجب — إحالة : بينا فيما تقدم[3] الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب ، وهذه الإجراءات هي نفسها الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق المجرى وعلى حق المسيل في كل من صورتيه . وقد رأينا المادة

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ . هذا وينظم صرف المياه المنزلية القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بصرف مياه المباني والمواد المتخلفة في المجاري المقامة . وكان القضاء المختلط يقضي بوجود حق مسيل للمياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من أرض عالية إلى أرض منخفضة بالرغم من عدم وجود نص يقضي بذلك (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣ في الهامش – وهذا لا يمنع من كسب حق ارتفاق بصرف مياه الأمطار ونحوها في أرض الجار بطريق الاتفاق وبطريق تخصيص المالك ، وكذلك بالتقادم إذا وجدت علامات ظاهرة لاستعمال هذا الحق (محمد علي عرفة فقرة ٢١٧ ص ٢٧٤ – حسن كيرة فقرة ٦٩ ص ٢١٣ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ١٠٦ هامش ١)

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٤٨ .

١٦ من قانون الرى والصرف تقضى بأنه فى حالة ما إذا رأى الجار أنه « يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أوصرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة (وهذا هو حق المجرى) أو مصرف (وهذا هو حق المسيل فى إحدى صورتيه) فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة (وهذا هو حق الشرب) أو مصرف (وهذا هو المسيل فى الصورة الأخرى) موجود فى أرض الغير ... » ، فإنه إذا لم يستطع التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن ، يقدم طلبا إلى مفتش الرى . ويتولى الباشمهندس إجراء التحقيق فى موقع المسقاة والمصرف ، ويسير بعد ذلك فى إجراءات معينة سبق بيانها[1] .

ويجب أن يعوض المالك عن حق المجرى وحق المسيل كما يعوض عن حق الشرب فيما رأينا . فإذا كان المطلوب شق مروى أو مصرف فى أرض المالك للمجرى أو للمسيل ، تحمل الجار كل نفقات إنشاء المروى أو المصرف وجميع تكاليف صيانته ، وسنرى أنه إذا أصاب أرض المالك ضرر من المروى أو المصرف فللمالك أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر . وإذا كان المطلوب الانتفاع بمسقاة المالك أو بمصرفه ، فإن التعويض يكون باشتراك الجار « فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة (أرضه) التى تنتفع منها» (م ٢/٨٠٨ مدنى) . وتقدر قيمة التعويض على النحو سالف الذكر ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برياسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ، ويكون نهائيا . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٩ مدنى يقضى بأن يدفع التعويض مقدما ، ولكن هذا الحكم الخاص بتعجيل التعويض حذفه مجلس النواب ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ – وإذا حصل الجار على حق المجرى فى أرض المالك ، وكان المالك نفسه أرضه بعيدة عن مورد المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب ، فإنه يستطيع أن يحصل على حق الشرب من مروى الجار المشقوقة فى أرضه (انظر آنفا فقرة ٤٤٦ – وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ – شفيق شحاته فقرة ٣٧٧ ص ٣٦٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ وفقرة ٣٥٩ ص ٤٠١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٥) . وكذلك إذا حصل الجار على حق المسيل فى أرض المالك فأنشأ مصرفا خاصا ، جاز للمالك إذا توافرت فيه هو أيضاً شروط الحصول على حق المسيل أن يحصل على هذا الحق ، ويصرف مياهه فى المصرف الخاص المملوك لجاره والمشقوق فى أرضه .

واستبدل به أن يكون التعويض « تعويضاً عادلا »[١] . ولكن المادة ١٨/١ من قانون الرى والصرف ، وقد صدر هذا القانون بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، تنص على ما يأتى : « لا ينفذ القرار الصادر بمقتضى المادتين السابقتين (ويدخل القرار الذى يعطى الجار حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل) إلا بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من هذا القرار » . ومعنى ذلك أن يدفع التعويض مقدما ، فلا يجوز إذن تقسيطه[٢] ، بل يجب تعجيله جملة واحدة . ومن ثم لا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض الواجب ، أما فيما يتعلق بمصروفات الصيانة فيدفعها الجار على دفعات ، معجلة أيضاً فى كل دفعة ، بحسب ما تقتضيه أعمال الصيانة ، كل هذا إلا إذا تم اتفاق بين أصحاب الشأن على غير ذلك[٣] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٥٠ فى الهامش – وكانت المادة ٥٤/٣٣ من التقنين المدنى السابق تقضى ، فيما يتعلق بحق المجرى ، بدفع التعويض مقدما . فكانت المحاكم تقضى بعدم جواز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض . وبأن للمالك الحق فى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة لمنع المضى فى الأعمال التى بدأت قبل ذلك (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٧) ، وبأن وجوب دفع التعويض مقدما يتعارض مع جعله مرتبا سنويا (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٥) .

(٢) انظر عكس ذلك محمد على عرفه فقرة ٢١٤ ص ٢٧٢ .

(٣) ولا يكسب حق المجرى أو حق المسيل إلا باتباع هذه الإجراءات . وقد قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون على مالك الأرض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطيان البعيدة عن مورد الماء ، بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذى يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا ، والذى تعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التى يمر بها المجرى ، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان الكيفية التى يكون بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له ، إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل (نقض مدنى ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض رقم ١٦٢ ص ١٠٤٣) .

وهناك حالة خاصة لحق المجرى نصت عليها المادة ٥٢ من قانون الرى والصرف ، إذ تقول : « إذا تحول النيل عن مجراه حتى تكون بذلك جزيرة صغيرة أو طرح بحر تجاه أرض مقام عليها آلة رافعة مرخص بها ، ورأت الحكومة بيع الجزيرة أو الأرض أو إيجارها ، فلصاحب الآلة الحق فى حفر مسقى فى الأرض الجديدة لإيصال المياه إلى تلك الآلة ، دون أداء أى تعويض» . انظر فى هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢١٥ .

٤٥٤ — تعدد المنتفعين بالمصرف — إحالة : بقى مما سبقت الإشارة إليه حالة ما إذا كان حق المسيل قد تقرر على مصرف خاص للمالك ، فأصبح المنتفع بهذا المصرف كل من المالك الذى أنشأه والجار الذى حصل على حق المسيل . وقد رأينا أن المادة ٨١١ مدنى تنص على أنه « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة(١) ، وما ذكرناه فى هذا الشأن ينطبق على المصرف الخاص . فقد يكون هذا المصرف ملكا لأشخاص متعددين اشتركوا جميعا فى إنشائه ، أو يكون ملكا لواحد منهم والباقى ينتفعون به بموجب حق المسيل . وفى جميع الأحوال يلزم المنتفعون بالقيام بالإصلاحات الضرورية للمصرف وتطهيره وصيانته وحفظ جسوره . وتقول المادة ١١ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد كما رأينا(٢) : «أصحاب الأراضى المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة » . ويكون ذلك بنسبة ما يملكه كل منهم من الأراضى التى تنتفع بالمصرف . ويجوز لأى من المنتفعين ، سواء كان هو المنشئ للمصرف أو كان من المنتفعين بموجب حق المسيل : أن يجبر الآخرين على ذلك إذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف ببيان الإجراءات التى تتبع لإلزام المنتفعين القيام بهذا الواجب ، وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة(٣) ، وما ذكره هناك ينطبق هنا .

٤٥٥ — مسئولية مالك المروى أو المصرف — نص قانونى : تنص المادة ٨١٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ .

يطلب تعويضاً كافيا عما أصابه من ضرر[1] .

والمفروض هنا أن الجار هو الذى أنشأ المروى فى أرض المالك بموجب حق المجرى ، أو أنشأ المصرف بموجب حق المسيل . فعليه أن يقوم على نفقته بتطهير المروى أو المصرف ، وصيانته . وحفظ جسوره فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) . فإذا قصر فى ذلك ، وأصاب أرض المالك التى شق فيها المروى أو المصرف ضرر ، كأن تلفت زراعته من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور أو امتنع عليه الزرع أو نحو ذلك ، كان على الجار صاحب المروى أو المصرف أن يعوض المالك عن الضرر الذى أصابه ، وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية[2] .

ويقترن بالتعويض النقدى تعويض عينى . فقد نصت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف كما رأينا[3] على أنه « إذا لم يقم أصحاب الأراضى بإجراء ماهو مبين فى المادة السابقة (التطهير والصيانة وحفظ الجسور) . جاز لمفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذى شأن ، أن يكلفهم بتطهير

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠ – ص ٤١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن انظر المادة ١٦ من لائحة الترع والجسور .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٨/١ العبارة الأخيرة (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالمادة .. تعطى الجار الذى ترتب على أرضه حق رى أو مسيل ، فأصابه ضرر من المسقاة أو المصرف الذى يمر بأرضه ، الحق فى أن يطلب تعويضا كاملا ممن ينتفع بهذه المسقاة أو المصرف ، سواء نشأ الضرر من عدم التطهير ، أو من سوء حالة الجسور ، أو عن أى سبب آخر ينسب إلى خطأ المالك المنتفع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ .

المسقاة أو المصرف أو بإزالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافه، أو بصيانتهما ، أو بترميم جسورهما، أو بإعادة إنشاء الجسور ، في موعد معين ، وإلا قام التفتيش بإجراء ذلك . وتحصل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضي ، كل بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بالمسقاة أو بالمصرف ، ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بنانج التطهير »(١) .

المبحث الثاني

التلاصق في الجوار

§ ١ - وضع الحدود

٤٥٦ - نص قانوني : تنص المادة ٨١٣ مدنى على ما يأتى :

« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما »(٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن تقنين المرافعات

---

(١) ويمكن أيضاً تطبيق المادة ٢١ من قانون الرى والصرف ، فقد رأيناها (انظر آنفاً فقرة ٤٤٤ فى الهامش) تقول : « إذا رأى مفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى من ذوى الشأن ، أن أحد المصارف أو المساقى الخاصة أصبح عديم الفائدة أو مضراً ، وأمكن الاستغناء عنه لوجود طريق آخر للرى أو للصرف ، جاز له أن يصدر قراراً بسد أو إبطال تلك المسقاة أو المصرف ، أو منع الضرر إذا لم يمكن الاستغناء عن المسقاة أو للمصرف ، وألزم أصحابها بتنفيذ القرار فى موعد معين ، وإلا جاز للتفتيش إجراء ذلك على نفقتهم » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال أحد أعضاء اللجنة إنه يخشى أن يكون هناك تعارض بين هذا النص وما يجرى عليه العمل فى مصلحة المساحة من حيث تحديد الملك . فرد عليه مندوب الحكومة بأنه ليس هناك تعارض ، لأن النص يقرر حق فصل الحدود ، أما فيما يختص بالتنفيذ فيرجع إلى الأوضاع التى يقررها القانون ، وإلى أن يوضع القانون الخاص بذلك فرجع الأمر إلى القضاء . فوافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨١٣ ، وأقر مجلس الشيوخ النص كما وافقت عليه لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣ - ص ٥٥) .

السابق كان يفترض وجود دعوى تعيين حدود العقار ، فيجعلها من اختصاص القاضي الجزئي مهما بلغت قيمة العقارات المطلوب تعيين الحدود بينها (م ٢٦/ ٢٩ مرافعات)[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين المدنى السورى – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٠ – ولا مقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى[2] .

والمفروض هنا أن أرضين غير مبنيتين متلاصقتان[3] ، وهما مملوكتان ملكية خاصة[4] لمالكين مختلفين[5] . ويريد أحد المالكين أو كلاهما وضع حدود فاصلة ما بين أرضيهما . حتى تتميز كل أرض عن الأخرى . ووجه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لم يعرض التقنين الحالى (السابق) لالتزام الجيران بوضع حدود ما بين أملاكهم المتلاصقة . ولكن تقنين المرافعات (م ٢٦/٢٩) جعل الدعاوى المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، فافترض وجودها ، وتنبغا للتشريع نص المشروع على هذا الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٠ : لكل مالك أن يسور ملكه . على ألا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور . وله أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة . وتكون نفقات التحديد شركة بينهما . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) أو أن هناك أرضين مبنيتين مع فناء لكل أرض ، والفناءان متلاصقان . ولا يمنع التلاصق أن يكون الأرضان مفصولتين بطريق خاص ، ولكن يمنعه أن تكونا مفصولتين بطريق عام أو مجرى ماء عام (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ – بودرى وشوفو فقرة ٩٠٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ – محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٥ – ص ٣٠٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢) .

(٤) انظر فى التلاصق مع الأملاك العامة ما يلى فقرة ٤٦٠ .

(٥) ويكون المالكان مختلفين حتى لو كانت إحدى الأرضين مملوكة لهما على الشيوع وكانت الأرض الأخرى ملكا خاصا لأحدهما (انسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Bornage فقرة ٣٦) .

أن وضع الحدود قيد على الملكية هو أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى هذا العمل ، فتتقيد بذلك حريته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو فى عدم تحديده ، وذلك ما لم يتراض المالكان ويتفقا وديا على وضع الحدود . فيكون إذن اتفاق ودى على وضع الحدود . فإن تعذر هذا الاتفاق ، إما لرغبة أحدهما فى تجنب نفقات التحديد أو لخشيته من ظهور زيادة فى ملكه يكون قد اغتصبها أو لغير ذلك من الأسباب ، جاز للمالك الآخر أن يرفع على المالك الأول دعوى تعيين الحدود .

٤٥٧ — الاتفاق وديا على وضع الحدود : قد يتفق ، كما قدمنا ، المالكان المتلاصقان على وضع الحدود ما بين أرضيهما ، وديا لا عن طريق القضاء . فيكونان متفقين أولا على ملكية كل منهما لأرضه ، ومساحة الأرض التى يملكها ، ولكنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما ، فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود .

فيتفقان على خبير ، عند الاقتضاء ، يقوم بمسح أرض كل منهما من واقع مستندات الملك ، ويرسم الحدود الفاصلة ما بين الأرضين ، ويضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود . ويحرر بذلك محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يوقع عليه المالكان ويكون ملزما لهما ، ويرجعان إليه لإعادة علامات التحديد إذا انطمست هذه العلامات [١] .

ويعتبر محضر التحديد الذى وقعه المالكان عقداً فيما بينهما ، فهو ملزم لهما كما قدمنا ، ولا يطعنان فيه إلا بما يطعن به على العقد . فيجوز بوجه خاص أن يطعنا فيه بالإبطال : لنقص فى الأهلية . أو لعيب فى الرضاء من غلط [٢] أو تدليس أو إكراه .

٤٥٨ — دعوى تعيين الحدود — خصائصها : دعوى تعيين الحدود

---

(١) كذلك يقع وضع الحدود عندما يكون العقار لا لنقل الملكية ، فعندئذ تتخذ إجراءات التسجيل ، ويمهد لها انتقال عمال المساحة إلى العقار ومسحه ووضع حدوده عن طريق دق قطعة من الحديد فى شكل وتد فى نهاية كل حد من الحدود الأربعة .

(٢) كما إذا كشفت حدود قديمة لم يكن يعرفها الطرفان ، وهى مخالفة للحدود الجديدة (تولوز ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ – ٢ – ٩٨١ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Bornage فقرة ٤٧) .

دعوى عينية عقارية[١] . إذ هى تتعلق بقيد أو بحق عينى على عقار ليس بحق ارتفاق[٢] كما قدمنا . وهى دعوى غير قابلة للتقادم . مادام سببها قائماً وهو التلاصق ما بين الأراضى المتجاورة[٣] . ولكننا سنرى[٤] أنه إذا انطمست الحدود التى تعينت ومضى على انطماسها خمس عشرة سنة ، تقادمت دعوى إعادة هذه الحدود إلى أصلها ووجب رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . كذلك إذا قامت حيازة متعارضة مع الحدود التى تعينت ، جاز كسب ما يتعارض مع هذه الحدود بالتقادم المكسب . وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة .

تختلف عن دعوى الاستحقاق فى أن ملكية الأراضى المتلاصقة ليست محل نزاع بين أطراف الدعوى ، وكل ما يطلب فيها هو تعيين الحدود الفاصلة ما بين هذه الأراضى ، لا تثبيت ملكية أرض أو جزء من الأرض لأحد المتخاصمين كما هو الأمر فى دعوى الاستحقاق . فإذا ما تخلل دعوى تعيين الحدود نزاع جدى على ملكية الأراضى المتلاصقة أو على ملكية بعض أجزائها فإن الدعوى تتحول إلى دعوى استحقاق وتصبح من اختصاص محكمة أخرى كما سنرى . والحيازة لا تلعب دوراً كبيراً فى دعوى تعيين الحدود ، فى حين أنها تلعب دوراً بالغ الأهمية فى دعوى الاستحقاق على ما رأينا . فالحائز فى دعوى الاستحقاق هو المدعى عليه ، وغير الحائز هو الذى يتحمل عبء الإثبات . أما فى دعوى تعيين الحدود ، فكل من الطرفين مدع ومدعى عليه[٥] ، ومن ثم يكلف كل منهما بإثبات ملكيته . ويكون ذلك لا عن طريق مستندات التمليك والحيازة فحسب ، بل أيضاً عن طريق العلامات الظاهرة فى الأرض ، وموقع الأرض ، وشكلها وتعرجاتها ، مما لا يعتد به فى دعوى الاستحقاق

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) وحتى الذين يعتبرون قيود الملكية حقوق ارتفاق يقفون هنا ، ويعتبرون الالتزام بوضع الحدود التزاما قانونيا وليس بحق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق لا يمكن أن ينطوى على عمل إيجابى (شفيق شحاتة فقرة ٢٩٣) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٩ – ص ٣٢٠ – بودرى وشوفو فقرة ٩١٧ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٤٦٢ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ٩٠٣ .

إذا تعارض مع الحيازة . ودعوى تعيين الحدود من اختصاص القضاء الجزئى كما سنرى ، أما دعوى الاستحقاق فهى من اختصاص القضاء الكلى أو القضاء الجزئى بحسب قيمتها .

وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الحيازة فى أن المطلوب فى دعوى الحيازة هو تثبيت الحيازة موقتا للحائز الذى توافرت فيه الشروط إلى أن ترفع دعوى الاستحقاق ، فهى دعوى تمهيدية لهذه الدعوى الأخيرة . وترفع دعوى الحيازة فى مواعيد معينة لابد من مراعاتها ، وإلا كان قبولها غير جائز . أما دعوى تعيين الحدود فلا شأن لها بالحيازة ، بل إن الحدود التى تعين قد تكون متعارضة مع الحيازة . وليست دعوى تعيين الحدود بدعوى تمهيدية لدعوى الاستحقاق ، بل على النقيض من ذلك دعوى الاستحقاق هى التمهيد لدعوى تعيين الحدود . فإذا ما استقرت الملكية لكل من المالكين المتلاصقين عينت الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما طبقا لما استقر عليه أمر الملكية . وليس هناك ميعاد لرفع دعوى تعيين الحدود ، فهى ترفع فى أى وقت ، وقد قدمنا أنها غير قابلة للتقادم .

٤٥٩ — المحكمة المختصة بدعوى تعيين الحدود : تنص المادة ٤٦ من تقنين المرافعات على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى ، وانتهائيا إذا لم تتجاوز قيمتها خمسين جنيهاً فيما يأتى : .... (د) دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات المقررة بالقوانين واللوائح أو العرف فيما يتعلق بالأبنية أو المنشآت الضارة أو الغرس ، إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع .... » .

ويخلص من هذا النص أن دعوى تعيين الحدود ، إذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع ، تكون من اختصاص القضاء الجزئى ، مهما تكن قيمة الأراضى المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها . فقد تبلغ هذه القيمة مقدارا كبيراً . ومع ذلك تبقى دعوى تعيين الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، بل ويكون حكمه فيها نهائيا إذا لم تجاوز قيمة الأراضى — وهذا نادر — خمسين جنيهاً ، فإذا جاوزت هذا المقدار كان حكم القاضى الجزئى ابتدائيا يستأنف أمام المحكمة الكلية . والسبب فى النزول بالاختصاص إلى أدنى مراتبه هو أن دعوى

تعيين الحدود لا تتعرض لنزاع في الملكية كما قدمنا ، إذ المفروض أن الملكية ثابتة ، وكل ما تبت فيه المحكمة هي مسألة مادية يمكن في يسر بالالتجاء إلى خبرة مهندس المساحة التحقق منها . وهي التعرف على المعالم والخطوط الفاصلة ما بين أرضين متلاصقتين . ووضع علامات بارزة لهذه الحدود ، وتحرير محضر بالتحديد . وتكون المحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة الكائن في دائرتها الأراضي المتلاصقة .

وقد استقر القضاء الفرنسي في دعوى تعيين الحدود[1] على أن يشمل اختصاص قاضي الصلح[2] لا تعيين الحدود فحسب ، بل أيضاً فحص الحدود غير الثابتة وتثبيت ما يمكن تثبيته منها بالرجوع إلى مستندات التمليك ووثائق الدعوى ومسح الأراضي . بل يمتد اختصاصه إلى أبعد من ذلك ، فيقسم ما يجده ، بعد مسح الأراضي ، من عجز أو زيادة في المساحة بين المالكين المتلاصقين بعد أن يرجع في ذلك إلى المساحات المبينة في مستندات التمليك[3] . ويبقى للقاضي هذا الاختصاص حتى لو تمسك أحد طرفي الدعوى بالحيازة القائمة لتعيين الحدود ، فإن التمسك بهذه الحيازة لا يعتبر نزاعا في الملكية[4]، كما لا يعتبر نزاعا في الملكية مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التمليك دون أن يكون هناك نزاع على هذه المستندات ذاتها[5] . بل إن النزاع في الملكية ذاته لا يعتد به ، إذا لم يستند هذا النزاع إلى سند للتمليك أو إلى التقادم[6] . أما إذا نازع أحد الطرفين ، مستنداً في ذلك إلى سند أو إلى التقادم ، في ملكية

---

(١) انظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٠ .

(٢) وهو ما يقابل عندنا القاضي الجزئي – ويسمى الآن juge d'instance .

(٣) نقض فرنسي ١٠ أبريل سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٢٨٩ – ٢ أغسطس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٦ – ١ – ١١ – بودري وشوفو فقرة ٩١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ – ١ – ١٧٦ – ١٦ مارس سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ – ١ – ٣٦٧ .

(٥) نقض فرنسي ١٢ يونيه سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٥ – ١ – ٣٠٧ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٤ .

(٦) نقض فرنسي ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ – ١ – ٤٤٨ – ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ – ١ – ٧٦ – ١٥ مارس سنة ١٩٢١ جازيت دي باليه ١٩٢١ – ١ – ٥٣٢ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٥ – بودري وشوفو فقرة ٩١٥ – مارتي ورينو فقرة ٢٥ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣ .

أجزاء معينة من الأراضى المتلاصقة . فإن دعوى تعيين الحدود تنقلب إلى دعوى استحقاق لا يختص بنظرها قاضى الصلح (القاضى الجزئى)[١] . وإذا أثير هذا النزاع فى أية حالة كانت عليها الدعوى[٢] . وجب على القاضى . ولو من تلقاء نفسه . الحكم بعدم اختصاصه . ولا يقتصر على وقف الدعوى حتى يبت فى النزاع فى الملكية[٣] . وذلك كله ما لم يكن النزاع على الملكية نزاعا غير جدى[٤] . وإذا رفع النزاع على الملكية أمام المحكمة المختصة[٥] ، فهذه المحكمة لا تقتصر على البت فى هذا النزاع . بل تعين أيضاً الحدود الفاصلة ما بين الأراضى المتلاصقة[٦] . وتحيل الدعوى بعد ذلك إلى قاضى الصلح (juge d'instance) لمجرد تطبيق الحدود التى عينتها المحكمة تطبيقا ماديا على الطبيعة[٧] .

٤٦٠ — محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها : قدمنا[٨] أن محل

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ – ١ – ٣٠٣ – ٤ يناير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١١٢ – ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٠٤ – ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٢١٢ – ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ – ١ – ٧٦ .

(٢) نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ٢١٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ – ١ – ٣٣٩ – ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ٢١٣ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ – بودرى وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ – محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٥ – عكس ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ .

(٤) نقض فرنسى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ – ١ – ١٥٦ – ٤ يناير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١١٢ – ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ – ٢ – ٦٠٩ – ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ – ١ – ٢٨٦ – ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٥ – ٢٢٥ – ١٤ يونيه سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤ – ١ – ١٦٣ – ١٨ فبراير سنة ١٩٦٠ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٠ – ٥٢٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ – بودرى وشوفو فقرة ٩١٥ – مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٣ – محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٤ – ص ٣٠٥ .

(٥) المحكمة المختصة فى فرنسا هى tribunal de grande instance .

(٦) نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ٢١٣ .

(٧) نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٧ – ١ – ١٠٢ – بودرى وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ .

(٨) انظر آنفاً فقرة ٤٥٦ .

دعوى تعيين الحدود هو إقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنيتين متلاصقتين ، مملوكتين ملكية فردية لمالكين مختلفين [١] . ويغلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان من الأراضي الزراعية أو الأراضي الفضاء . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن توضع حدود فاصلة ما بين أرضين مبنيتين على أن تكونا متميزتين بمبنيين هما المتلاصقان أو بأرض عراء [٢] . وقيام سور أو خندق أو أي حاجز آخر ما بين الأرض لا يمنع من بقائهما متلاصقتين ، فيجوز طلب وضع الحدود بينهما ، ما لم يكن هذا الحاجز قد أقيم بناء على تعيين سابق للحدود لا يزال حافظا أثره ، فعند ذلك لا تجوز إعادة التعيين [٣] . كذلك لا يمنع التلاصق ، فيجوز طلب وضع الحدود ، أن يتوسط الأرض طريق خاص مملوك لأحد المالكين أو مملوك لكليهما ملكية مفرزة ، أو أن يتوسط مروى ماء صغير من اليسير أن يتغير مجراه [٤] . أما إذا توسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت ، فإن هذا المجرى يكون حدا فاصلا طبيعيا ، ولا حاجة بعد ذلك إلى تحديد آخر [٥] . كذلك لا تكون هناك حاجة إلى تحديد آخر إذا فصل الأرضين طريق عام ، فإن هذا الطريق يكون هو الحد الفاصل [٦] . وإذا كانت الأرض ملاصقة للأملاك العامة أو الدومين العام ، فإن جهة الإدارة هي التي تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود ، ولصاحب الأرض الملاصقة أن يطعن في قرار الإدارة بالإلغاء أمام القضاء الإداري ، وله أن يطلب التعويض أمام المحاكم العادية [٧] .

---

(١) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٩٣٤ جازيت دي پاليه ١٩٣٤ – ١ – ٨٩٥ .

(٢) نقض فرنسي ٤ مارس سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ – ١ – ١٨٣ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ داللوز ١٩٥٨ – ٩٥ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ – بودري وشوفو فقرة ٩١٠ – مارتي ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٢ – محمد علي عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٦ – محمد كامل مرسي ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ – عبد المنعم البدراوي فقرة ٩٣ ص ١٢٠ .

(٣) نقض فرنسي ١٤ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ – ١ – ١٧٨ .

(٤) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ١٣٢ .

(٥) نقض فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ – ١ – ٣٥٣ .

(٦) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ – ١ – ٤٢٧ .

(٧) محمد كامل مرسي ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ – محمد علي عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ – وانظر في القانون الفرنسي والقضاء في فرنسا بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٥ .

ولأى من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفا فى دعوى تعيين الحدود . فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر[١] . وكما يجوز للمالك أن يكون طرفاً فى الدعوى . كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوى تعيين الحدود[٢] . ولكن لا يجوز للمستأجر ولا للمزارع أن يرفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها . فإن حقه شخصى فليست له صفة فى دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود[٣] . ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الإدارة . فتكفى أهلية الإدارة فى التقاضى . ويجوز للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية إذا كان يملك أعمال الإدارة أن يرفعها أو ترفع عليه . وذلك ما لم تختلط بنزاع فى الملكية فعند ذلك تجب أهلية التصرف[٤] .

٤٦١ — عمليات التحرير : هناك عمليتان رئيسيتان. يتلوهما عمليتان تنفيذيتان . فالعمليتان الرئيسيتان هما : (أولا) فحص سندات التمليك للاستيثاق من مساحة الأراضى المتلاصقة المذكورة فى هذه السندات . وليس من الضرورى

---

(١) ويجوز للمالك على الشيوع أن يرفع دعوى تعيين الحدود ولو لم يشترك معه فى رفع الدعوى شركاؤه فى الشيوع (بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ – أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

(٢) وفى حالة صاحب حق الانتفاع والمحتكر . يجب على الجار الملاصق إدخال صاحب الرقبة أو المحكر خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه (پلانيول وريپير وبولانچيه ١ فقرة ٢٩٣٨ – محمد على عرفه فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢) . أما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له فى رفع دعوى تعيين الحدود (نقض فرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩–١–١٤ – مازو وزينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧١ هامش ١ – أنسيكلوپيدى داللوز ١ لفظ **Bornage** فقرة ٥٢) .

والدائن المرتهن رهن حيازة له صفة فى رفع دعوى تعيين الحدود على أساس أن له حقا عينيا فى القانون المصرى . ويدخل المالك خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم فى مواجهته (ديمولومب ١١ فقرة ٢٥٧ – بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ ص ٦٣٥ – دى باج ودكرز فقرة ٩٥٨ ص ٨٤٧ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ هامش ١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢ – عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٢١٩ مكررة ص ٣٠٦) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ .

(٤) انظر فى القانون الفرنسى بودرى وشوفو فقرة ٩٠٦ – پلانيول وريپير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٤ .

أن تكون هذه السندات مشتركة بين أطراف الدعوى . ويقترن بذلك معاينة الأرض على الطبيعة ، للتعرف على أوضاعها وشكلها ومن هي تحت حيازته والعلامات المادية الموجودة فيها . (ثانيا) مسح الأراضي المتلاصقة للاستيثاق من مساحتها الحقيقية ، وما عسى أن يوجد فيها من زيادة أو نقص . وقد يستلزم الأمر ، بناء على طلب أطراف الدعوى أو بناء على أمر القاضي من تلقاء نفسه ، مسح أراض أخرى مجاورة إذا وجد عجز في مساحة الأراضي المتلاصقة . فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها . وبخاصة إذا كانت هذه الأراضي المجاورة هي والأراضي المتلاصقة مجموعا واحدا ثم قسم بعد ذلك . وليس لأصحاب الأراضي المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضي المطلوب تحديدها[1] .

والعمليتان التنفيذيتان هما : (أولا) رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضي المتلاصقة . وإقامة معالم مادية ثابتة لهذه الحدود . وقد نوضع قوالب من الطوب ، ولكن الغالب أن تدق قطعة من الحديد في شكل وتد في نهاية كل حد من الحدود الأربعة ، بحيث إذا مد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين أحاطت الخطوط المستقيمة الأربعة بجميع أطراف الأرض[2] . (ثانيا) تحرير محضر تحديد (procès-verbal d'abornement) يثبت فيه اتجاهات الحدود المرسومة بالدقة المستطاعة ، حتى يمكن الرجوع إليه لإعادة معالم الحدود إذا ما انطمست هذه المعالم .

٤٦٢ — محضر التحديد وقوته في الإثبات : ومحضر التحديد يوقعه الطرفان ، وحتى إذا لم يوقعاه فلابد من تصديق المحكمة عليه . والمحضر الموقع

---

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٥ – بودري وشوفو فقرة ٩٠٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٧ .

(٢) وقد يتبين أن الحدود الفاصلة هي خطوط متعرجة غير مستقيمة ، فيجوز في هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضي المتلاصقة أجزاء من الأرض كل منهم مع الآخرين . وهذا يقتضي أن يكون أطراف الدعوى قد توافروا على أهلية التصرف فلا تكفي أهلية الإدارة ، وأن يكونوا راضين بهذا التبادل فلا يستقل به القاضي ، وأن يدفعوا رسوم نقل الملكية طبقا للقواعد المقررة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٨ – كاربونييه ص ١٠٥) .

عليه من الطرفين أو المصدق عليه من المحكمة يكون حجة بما جاء فيه على كل من الطرفين . من حيث مساحة كل أرض ومن حيث الحدود الفاصلة بين الأرضين . وقد قدمنا[1] أنه إذا انطمست معالم الحدود الفاصلة ، أو تعمد طمسها أحد الطرفين ، فإنه يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب إعادة معالم الحدود كما كانت . وذلك من واقع محضر التحديد . ويجوز أيضاً لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى الحيازة إذا توافرت شروطها لإعادة معالم الحدود ، وعلى من يعنيه الأمر أن يرفع دعوى الموضوع .

ومع ذلك يفقد محضر التحديد قيمته إذا تغيرت معالم الحدود أو انطمست ومضى على تغيرها أو انطماسها خمس عشرة سنة . إذ تسقط دعوى إعادة الحدود إلى ما كانت عليه بالتقادم المسقط . ويجب في هذه الحالة رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود . وقد تعين الحدود الجديدة على غير الصورة التي عينت بها الحدود القديمة . فقد يتفق أن أحد الطرفين أو أجنبيا يكون قد وضع يده على جزء من الأراضي المتلاصقة وأن يكون قد ملكه بالتقادم المكسب ، فتعين الحدود الجديدة عندئذ بما يتفق مع هذا الوضع الجديد[2] .

ومحضر التحديد إذا وقع عليه الطرفان يكون عقداً ملزماً لكل منهما ، ولكن يجوز لأي من الطرفين أن يطعن في المحضر بما يطعن به في أي عقد ، وبخاصة بالإبطال للغلط[3] . أما الحكم القاضي بالتصديق على المحضر . فيطعن فيه بوجوه الطعن في الأحكام[4] .

٤٦٣ — نفقات التحديد : رأينا[5] أن المادة ٨١٣ مدني تنص في آخرها على ما يأتي : « وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » أي بين المالكين المتلاصقين . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران على حسب الرؤوس .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦١.

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣ وهامش ٣٠ و ٣١ — بودري وشوفو فقرة ٩٢١ — بلانيول ريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ — وانظر آنفا فقرة ٤٥٨.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٤٥٦ .

ولو اختلفت مساحات الأراضى . ولكن نفقات مسح الأراضى ذاتها تكون على أصحابها ، كل بنسبة مساحة الأرض التى يملكها»[1] .

ويجب التمييز بين أنواع ثلاثة من النفقات .

(النوع الاول) نفقات التحديد ذاته ، من فحص سندات التمليك ، وتطبيقها على الطبيعة ورسم الحدود الفاصلة ووضع معالم مادية ثابتة لها . فهذه النفقات تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين ، وتقسم بينهما مناصفة بحسب الرؤوس .

(النوع الثانى) نفقات مسح الأراضى المتلاصقة ، وهذه تقسم بين المالكين المتلاصقين كل منهما بنسبة مساحة الأرض التى يملكها .

(النوع الثالث) نفقات الدعاوى إذا وقع نزاع فى الملكية ، فهذه تكون على من خسر الدعوى طبقا للقواعد العامة[2] .

٤٦٤ — **تحويط الملك — إحالة :** وإذا كان القانون قد جعل وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة إجباريا بناء على طلب أى من الملاك . فإن تحويط الملك من جميع جوانبه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ليس إجباريا . ونص المادة ١/٨١٨ مدنى فى صدرها صريح فى هذا المعنى ، إذ يقول : «ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه[3] ... » . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الحائط الفاصل[4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤ .

(٢) انظر فى كل ذلك : نقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٢١٢ – ١٧ يونيه سنة ١٩١١ جازيت دى پاليه ١٩١١ – ٢ – ٣١١ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢١ – بودرى وشوفو فقرة ٩١٨ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٤٤١ – مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص٢٧٣ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ – محمد على عرفة فقرة ٤٢٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١٢٠ – حسن كيرة فقرة ٧٥ ص ٢٣٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٣٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢ .

(٣) يقضى المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ بأن على مالك الأرض الفضاء أو الخربة أن يقوم بتسويرها إذا قررت الإدارة الصحية هذا التسوير حماية للصحة العامة ، وإلا قامت الإدارة بهذا التسوير على نفقة المالك

(٤) انظر ما يلى فقرة ٦١٠ .

§ ٢ – حق المرور

٤٦٥ – نص قانونى : تنص المادة ٨١٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ – مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام . أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف . مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام . وذلك فى نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

« ٢ – على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار . فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء »[١] .

ويقابل هذا النص المادة ٤٣/٦٥ من التقنين المدنى السابق[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ويرد هذا النص فى المادة ١١٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . فيما عدا أن عبارة « وذلك فى نظير تعويض عادل » الواردة فى الفقرة الأولى كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وذلك فى نظير تعويض كامل يدفعه مقدماً » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٨٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حلت عبارة « وذلك فى نظير تعويض عادل » محل عبارة « وذلك فى نظير تعويض كامل يدفعه مقدما » . وأصبح رقم المادة ٨٨٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧ – ص ٥٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٣/٦٥ : لصاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العمومى الحق فى الاستعمال على مسلك من أرض الغير للوصول إلى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك . وبتقرير ما يعطى مقدما من تعويض فى مقابلة المسلك المذكور .

ويختلف نص التقنين السابق عن نص التقنين الجديد فى مسائل ثلاث : (١) التقنين الجديد أوسع من التقنين السابق فى حق المرور من ناحية جواز منحه فى التقنين الجديد حتى لو وجد ممر آخر للأرض المحبوسة ولكنه ممر غير كاف . ومن ناحية أن التقنين الجديد يعطى حق المرور بالقدر اللازم لاستغلال الأرض المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف . (٢) كان التقنين السابق ينص على أن يعطى التعويض مقدما . أما التقنين الجديد فقد رأينا أن حكم تعجيله التعويض قد حذفته لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب . (٣) نص التقنين الجديد على حالة تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار فيكون حق المرور فى هذه الأجزاء . ولم يكن هذا الحكم واردا فى التقنين السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٧ – ٩٧٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢١ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٩ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٤ – ٧٦(١) .

ويتبين من النص المتقدم أن هناك أمراً أساسيا لا بد من قيامه للحصول على حق المرور الذى يقرره القانون قيداً على الملكية . وذلك هو أن تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام . والحبس عن الطريق العام يقتضى أن يعطى للأرض المحبوسة ممر إلى هذا الطريق ، لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف . وضرورة إيجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضى البحث أين يكون موضع هذا الممر ، فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة . ومتى أعطى لصاحب الأرض المحبوسة ممر يؤدى إلى الطريق العام . فقد وجب عليه أن يدفع تعويضاً . هذه هى جملة المسائل التى نبحثها فيما يلى(٢) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٧٧ : ١ – لمالك العقار المحاط من كل جانب والذى لا منفذ له إلى الطريق العام أن يطلب ممراً فى الأراضى المجاورة ، مقابل دفعه تعويضاً بنسبة الضرر الذى قد يسببه . ٢ – ويعطى نفس الحق لمالك العقار الذى ليس له إلا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا أو صناعيا .

م ٩٧٨ : ١ – يؤخذ الممر من الجهة التى تكون فيها مسافته من الأرض الخاصة إلى الطريق العام أقصر ما يمكن . ٢ – إنما يجب أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحه فيها أقل ضرر لمالك الأرض التى يمنح الممر فيها .

م ٩٧٩ : ١ – إذا أصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها أثر بيع أو مقايضة أو قسمة أو أى عقد آخر ، فلا يجوز طلب ممر إلا فى الأراضى التى تكون هذه المعاملات قد جرت فيها . ٢ – ولكن إذا تعذر فتح ممر كاف فى الأراضى المقسومة ، فتطبق عندئذ المادة ٩٧٧ .

(وأحكام التقنين السورى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٩ (موافق فيما عدا أن التعويض وهو أجر سنوى يدفع مقدما فى التقنين العراقى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٤ – ٧٦ (مطابقة للمواد ٩٧٧ – ٩٧٩ من التقنين السورى ، وهى موافقة فى أحكامها لأحكام التقنين المصرى) . وانظر فى حق المرور فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٠٦ – ص ١١٩ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصين آخرين يعطيان الشخص الحق فى المرور بأرض الغير .

٤٦٦ – أ – وجود أرضه محبوسة عن الطريق العام : يجب ، حتى يفرض القانون على المالك أن يتحمل مرور الجار فى أرضه ، أن تكون أرض الجار أرضا محبوسة عن الطريق العام . ومعنى كون الأرض محبوسة عن الطريق العام ألا يكون لها منفذ إلى هذا الطريق ، فتكون محاطة من جميع الجوانب بأراضى الجيران ولا سبيل للجار إلى الطريق العام إلا أن يمر فى إحدى هذه الأراضى أو فى بعض منها . فإن كان له حق ارتفاق بالمرور فى أرض من هذه الأراضى المجاورة ، كسبه بتصرف قانونى (عقد أو وصية) أو بالميراث أو بالتقادم (وحق المرور يكسب بالتقادم بصريح النص م ٢/١٠١٦ مدنى) أو

= (النص الأول) هو المادة ١١٧٩ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على كل مالك أن يأذن ، فى نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذى مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة ، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . وقد أقر النص فى لجنة المراجعة وفى مجلس النواب . ولما وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ قررت اللجنة حذفه « تجنبا للتوسع فى قيود الملكية ، واكتفاء بالقواعد العامة التى يقررها المشروع فى النصوص الخاصة بسوء استعمال الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨ – ٤٩ فى الهامش) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة : « ويلاحظ أن تدخل الجار هنا فى انتفاع المالك بملكه لم يشرع ليتوقى به الجار خطراً داهما فحسب ، بل شرع أيضاً لالتماس منفعة كبيرة تعود على الجار هى أعظم بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل . ويجب فى كل الأحوال تعويض المالك عما أصابه من الضرر تعويضاً عادلا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١) .

(النص الثانى) هو المادة ١١٨٠ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المرور فى الطريق متعذراً ، أن يسمح بمرور الجمهور فى أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول . فإذا نشأ من ذلك ضرر ، وجب على الجهة الإدارية القائمة على شئون الطرق العامة أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لعدم الحاجة إلى الحكم الذى أوردته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩ – ص ٥٠ فى الهامش) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة : « وواضح أن هذا الفرض تقرر فيه حق المرور على أرض المالك لا لمصلحة عقار آخر ، بل لمصلحة الجمهور . فهو يختلف عن الفرضين السابقين ، ولكنه لا يزال تطبيقاً للقاعدة الجوهرية التى تجيز التدخل فى انتفاع المالك بملكه إذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر الذى أحدثه . فهو ، وإن كان لا يمكن أن يوصف بأنه حق ارتفاق ، يعتبر على كل حال قيدا من القيود التى ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١ – ص ٥٢) .

بتخصيص رب الأسرة ، فإن أرض الجار فى هذه الحالة لا تكون محبوسة عن الطريق العام إذ أن لها منفذاً إلى هذا الطريق كسبه الجار بإحدى طرق كسب حقوق الارتفاق . كذلك لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذى حبسها عن الطريق العام بفعله ، كما إذا بنى على أرضه فسد بالبناء المنفذ الذى كان له[1] . وسترى تطبيقا هاما لذلك عندما نبحث الانحباس الذى ينشأ عن تجزئة الأرض بتصرف قانونى .

وقد لا يكون للجار إلا حق مرور متنازع فيه (titre contestable) أو حق مرور محمول على التسامح (par suite de la simple tolérance) ، فيصل الجار بفضل هذا الحق أو ذاك إلى الطريق العام . والرأى الغالب أن هذا يكفى لاعتبار الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، مادام الجار يصل فعلا إلى هذا الطريق دون أن يعترضه أحد[2] . ولكن يصح الاعتراض على هذا الرأى بأن

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٦ ص ٧٩٤ هامش ١ – بيدان وڤواران ٤ فقرة ٥٣٤ – دى پاچ فقرة ١٣٦ ص ٤٨٣ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٢٧ – مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٧ – توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢٨ ص ٣٨٤ – اسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣ – ص ٧٤ .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو ترك المالك حق ارتفاق بالمرور كان ثابتا له يزول بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٦ – ١ – ٢٥٦ – بيدان وڤواران ٤ فقرة ٥٣٤ ص ٥٨١ – كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ هامش ١ – عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٩ – وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٤ – ص ٧٥ ويرى أنه إذا تبين أن عدم الاستعمال كان بسبب تغيير المالك استغلال الأرض ، فلا يحرم المالك من حق المرور القانونى) .

أما إذا نزل المالك من حق ارتفاق بالمرور كان ثابتا له ، فإنه يفقد حقه فى المطالبة بحق المرور القانونى (إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ – ص ١١٧) .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٢٩ سيريه ٢٩ – ١ – ١٩٣ – ١٥ يوليه سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ – ١ – ٤١٩ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٧ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ وفقرة ٩٢٧ – مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٣ ص ٤٣١ – توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ – محمد على عرفة فقرة ٢٣١ ص ٢٩٢ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢٨ ص ٣٨٢ – إسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٥ ص ١١٧ .

حق المرور المتنازع فيه لا يستطيع أن يطمئن له الجار إذ قد يتضح أنه لا يملك هذا الحق فيبقى مركزه مزعزعا معلقاً على نتيجة البت في النزاع . وبأن حق المرور المحمول على التسامح مكرمة قد يرجع فيها المالك المتسامح وقد لا يريد الجار حمل هذه المكرمة في عنقه مدة طويلة . فيجب إذن عدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول على التسامح . والقول بأن الأرض تعتبر محبوسة عن الطريق العام بالرغم من قيام هذا النوع من حق المرور[1] . وفيما يتعلق بحق المرور المتنازع فيه : ينبغي ألا ترفض دعوى الجار المطالب بحق المرور القانوني . ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع . فيكلف الجار برفع الأمر إلى القضاء في شأن حق المرور المتنازع فيه . فإن كسب الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانوني . ويكسب هذه الدعوى الأخيرة إن خسر الدعوى الأولى .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام . حتى لوكان لها منفذ يؤدى إلى مرفأ لسفن لا يصلح إلا لهذا الغرض . فالمرفأ وإن كان ملكا عاما . إلا أنه لا يعتبر طريقاً عاماً[2] .

وليس من الضرورى . حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، ألا يكون لها أى منفذ يؤدى إلى هذا الطريق . بل إنها تعتبر محبوسة . حتى لوكان لها ممر ولكنه غير كاف . ويعتبر الممر غير كاف لأن يؤدى إلى الطريق العام . كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى فيما رأينا . إذا كان لا يتيسر لمالك الأرض « الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » . فإذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلا . وكان الممر إلى الطريق العام لا يتسع إلا لمرور الراجلين فلا تستطيع العربات أن تمر فيه ، وكان المصنع فى حاجة إلى عربات لنقل منتجاته . فإن الممر يعتبر غير كاف فى هذه الحالة بل يعتبر أيضاً غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور فيه ولكن بمشقة كبيرة .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٧ – وفيما يتعلق بحق المرور المحمول على التسامح انظر فى هذا المعنى أيضاً حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٥ .

(٢) انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٣٥ – ص ٣٦ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٥ ص ٧٨٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٣ – ص ٩٠٤ .

وحتى لو أمكن توسيعه ولكن بنفقات باهظة . أما إذا كان الممر يكفي لمرور لعربات فيه دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة ، فإن الأرض لا تعتبر محبوسة عن الطريق العام . حتى لو كان الممر غير مريح أو كان طويلا أو كان يحتاج في تعبيده إلى نفقة غير باهظة(١) .

وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كانت الأرض لا منفذ لها إلى الطريق العام أولها منفذ غير كاف . ومن ثم تعتبر أرضا محبوسة(٢) . ويلجأ في ذلك عادة إلى أهل الخبرة . وقد يأمر بإجراء معاينة الأرض على الطبيعة .

ويستوي أن تكون الأرض المحبوسة على هذا النحو أرضا زراعية كما هو الغالب ، أو أرضا مقاما عليها بناء كمصنع أو متجر أو مسكن . أو أرضا فضاء(٣) .

كما يستوي أن يكون من يطلب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة ، أو كان له حق انتفاع عليها ، أو كان محتكراً ، أو كان ناظر وقف . ولا يجوز لمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور . لأن حقه حق شخصي ، وليس له إلا أن يلجأ إلى المالك ليطالب بهذا الحق(٤) .

٤٦٧ — انفكاك الحبس عن الأرض المحبوسة : وما دامت الأرض محبوسة عن الطريق العام على النحو الذي قدمناه ، فإن لصاحبها حق المرور في

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٨٨ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢١٤ — منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٩ ص ٣٠٥ — ميت غمر ٢١ أكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٤ ص ٣٢ — البلينا ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٢ رقم ٤٥٤ ص ٣٢٧ — نقض فرنسي ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٣٠٢ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٣ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ — ص ٩٠٣ — كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٥ .

(٢) نقض فرنسي ٢٧ أبريل سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ — ١ — ٢٩٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٦١ داللوز ١٩٦١ .Som ٨١ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ داللوز ١٩٦٣ .Som ٥٤ .

(٣) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٠ ص ٤١١ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٨ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ يونيه سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ — ١ — ٤٢٩ — ليون ٤ أبريل سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعي ١٩٢٥ — ٣٣٥ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٧٥ — بودري وشوفو فقرة ١٠٤٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٥ ص ٩٠١ .

الأراضى المجاورة . ولكن الحبس قد ينفك . فيصبح للأرض منفذ إلى الطريق العام لم يكن موجودا من قبل . مثل ذلك أن يستحدث طريق عام بجوار الأرض ، أو أن يكسب مالك الأرض المحبوسة ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فينفتح هذا المنفذ للأرض المحبوسة فينفك عنها الحبس . فى هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون مالك الأرض التى كانت محبوسة لم يحصل بعد على حق المرور فى أرض مجاورة . فمتى انفك الحبس عن الأرض لم يصبح للمالك حق فى المطالبة بالمرور إذ أن أرضه أصبحت غير محبوسة . وتخلف الشرط الجوهرى للمطالبة بحق المرور.

(الفرض الثانى) أن يكون مالك الأرض قد حصل على حق المرور فى أرض مجاورة قبل أن ينفك الحبس عن الأرض . وقد قام فى هذا الفرض خلاف فى الرأى . فقد ذهب بعض إلى أن المالك ، ما دام قد حصل على حق المرور فى أرض مجاورة ، يستبقى هذا الحق حتى بعد انفكاك الحبس عن أرضه . ويستند أصحاب هذا الرأى إلى أنه متى حصل المالك على حق المرور فى أرض مجاورة ، فقد أصبح له حق ارتفاق حقيقى على هذه الأرض فى قوة حقوق الارتفاق الاتفاقية . ولا يزول هذا الحق إلا بسبب من أسباب زوال حق الارتفاق الاتفاقى . وليس منها انفكاك الحبس[1]. وذهب بعض آخر إلى أن حق المرور الذى حصل عليه مالك الأرض المحبوسة مقيد فى قيامه وفى بقائه بأن تكون الأرض محبوسة وبأن تبقى كذلك ، فمتى انفك الحبس عن الأرض . فقد فقد حق المرور السبب فى بقائه . ومن ثم يزول[2].

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ – ١ – ٢٢٢ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ – ١ – ١٠ – ديمولومب ١٢ فقرة ٦٤٢ – فقرة ٦٤٣ – ديرانتون ٥ فقرة ٤٣٥ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٠ ص ٧٨٧ .

(٢) لوران ٨ فقرة ١١٠ وما بعدها – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٤ – بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٩ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٣ – شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ – محمد على عرفة فقرة ٢٣٥ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٦ – إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ .

وحتى ذلك يستطيع صاحب الأرض المجاورة التى باشر فيها حق المرور أن يطلب إنهاء هذا الحق بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر إلى الطريق العام فى غير أرضه . ونحن نختار هذا الرأى الأخير ، لأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة حق المرور القانونى . فقد قدمنا أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق حقيقى ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد مرتبط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فإذا طالب بإنهاء حق المرور ، كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يؤدى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور ينقلب عندئذ إلى حق ارتفاق اتفاقى تسرى عليه قواعد هذا الحق . ونص التقنين المدنى المصرى صريح فى اشتراط بقاء الانحباس عن الطريق لبقاء حق المرور ، إذ تتكلم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى كما رأينا ، فى معرض الحصول على حق المرور ، عن أرض محبوسة عن الطريق العام « مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » . ففى القانون المصرى إذن ، على خلاف القانون الفرنسى الذى انقسم فيه الرأى ، لا شك فى أنه إذا انفك الانحباس عن الأرض ، جاز لصاحب الأرض المجاورة أن يطلب إنهاء حق المرور . ولكنه يرد إلى المالك التعويض الذى قد يكون تقاضاه منه فى مقابل هذا الحق ، بعد أن يستنزل منه جزءاً مناسبا للوقت الذى باشر فيه المالك فعلا حق المرور فى أرضه[1] . ويؤكد ما قدمناه ما ورد فى المذكرة

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٨ – ويزول حق المرور بزوال الانحباس حتى لو بقى الانحباس خمس عشرة سنة باشر الجار فى أثنائها حق المرور ، فإن استعماله لهذا الحق كان بسبب الانحباس مباشرة لقيد وارد على الملكية ، فلا يترتب عليه أن يملك الحق بالتقادم . وهو إنما ملكه بحكم القانون وبقى يملكه بحكم القانون مهما طالت المدة ، وليس المرور هنا حق ارتفاق حتى يكسب بالتقادم (إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٣ ص ٣٧٦ – ص ٣٧٧ – محمد علي عرفة فقرة ٢٢٥ ص ٢٩٥ – ص ٢٩٩ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ هامش ١) . وحتى من يرى من رجال الفقه فى مصر أن حق المرور حق ارتفاق يسلم مع ذلك بأنه يزول بزوال الانحباس ، نزولا على صريح النص فى المادة ٨١٢ مدنى مصرى (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٦) . أما فى فرنسا فبعض الفقهاء يذهب إلى أن حق المرور يزول بزوال الانحباس ولو بقى ثلاثين سنة –

الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : «وينتهى حق المرور إذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى . فلم يعد حق المرور ضروريا . ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذى كان قد دفعه فى حق المرور القدر المناسب»[1]

٤٦٨ – ب . ممر ضرورى لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف : والممر الذى يحصل عليه صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام هو الممر اللازم «لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف» . وقد قدمنا أن الأرض المحبوسة قد تكون أرضا زراعية . فالممر اللازم هو الممر الكافى لاستغلال هذه الأرض استغلالا زراعيا على الوجه الذى يستغل فيه مثل هذه الأرض . فإن اقتضى الأمر . لاستغلال الأرض . ممرا كافيا لمرور المواشى والدواب والعربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والعربات التى تحمل المحصول من الأرض إلى جهة التسويق . كان لصاحب هذه الأرض الزراعية الحصول على هذا الممر . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا مقاما عليها مصنع . وقد يقتضى المصنع أن يكون له ممر كاف إلى الطريق العام يتسع لمرور العمال الذين يعملون بالمصنع . ويتسع لمرور العربات التى تروح وتجىء بالمواد الخام ومنتجات المصنع . ويتسع لغير ذلك من الأغراض المختلفة للمصنع . وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا فضاء . وهذه عادة تكون فى حاجة إلى ممر محدود ، لأن حاجات الأرض الفضاء أقل من حاجات الأراضى الأخرى[2] .

= وبالرغم من أن حق المرور هنا هو حق ارتفاق ، لأنه حق ارتفاق غير مستمر ، لا يكسب بالتقادم إلا حقوق الارتفاق المستمرة (بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ هامش ٣٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٨١٧) . ولكن القضاء الفرنسى ومعه بعض الفقهاء يذهب إلى عكس ذلك وإلى أن حق المرور لا يزول بزوال الانحباس مادام استعماله بقى مستمرا ثلاثين سنة (نقض فرنسى ٢٤ نوفبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١ – ١ – ٧١ – ٣٠ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٢٣١ – ١٣ مايو سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٥٩ .Somm ١٠٦ – ٦ يونيه سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ .Somm ٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩١٦ – مارتى ورينو فقرة ٢٩٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

(٢) والعبرة بحاجات الأرض المحبوسة القائمة الفعلية . د[illegible] ع من هذه الحاجات فى المستقبل . فإذا ما اتسعت الحاجات فعلا [illegible] توسيع الممر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

وقد تتغير حاجات الأرض المحبوسة فتتسع ، وبعد أن كان الممر المعطى لها كافيا يصبح غير كاف . وعندئذ يجب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة . بل قد يقتضى الأمر استبدال ممر آخر بالممر القديم يكون مناسبا لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة ، وذلك كله بغير تعويض جديد . فقد تقام أبنية على الأرض الفضاء للسكنى أو للاستغلال الزراعى أو للاستغلال الصناعى . فتزيد حاجات الأرض باستحداث هذه الأبنية . بشرط ألا تكون الأبنية هى التى سببت انحباس الأرض أو زادت فى انحباسها . وقد ينمو المصنع ويتسع ، فتصبح حاجاته أكثر اتساعا عما كانت عليه فى الماضى . وقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الاستغلال الزراعى جديداً كما إذا أضاف إلى زراعة الأرض تربية المواشى ، فيكون فى حاجة إلى ممر أكبر لما استجد من الحاجات . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحبوسة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده ، ذلك أنه يجب أن يكون حراً منطلقاً فى نشاطه وفى تجديده لأنواع النشاط الذى يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة . فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة . ولا يجوز تقييده فى ذلك ما دام فى نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه[1] . ويجب أن يخلى بينه وبين أى نشاط يجعله يحصل من أرضه على أكبر فائدة يستطيع الحصول عليها . فمن أجل هذا أعطى القانون له حق المرور فى أرض الجار . ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة إلا أن يكون متعمداً الإضرار بصاحب الأرض المجاورة ، أو مجاوزا للنطاق المألوف من النشاط ، فيزيد من أعباء حق المرور وكان يستطيع ألا يفعل . فعند ذلك يكون مسئولا ويصح للجار منعه ، إما لأنه متعسف فى استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف فى مضار الجوار فألحق بجاره ضرراً فاحشا[2] .

---

(١) كذلك لو غير الجار طريقة الاستغلال فضيق منه ، ولم يعد فى حاجة إلى كل الممر الذى أعطى له ، جاز للمالك أن يطلب تضييق الممر بحيث يتناسب مع طريقة الاستغلال الجديدة . (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٦ ص ١١٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٨ ص ٩٠٥ – وحتى تمكن المطالبة بتوسيع الممر ، يجب أن تقوم الحاجة إلى ذلك . ولا يكفى أن يكون التوسيع أكثر ملاءمة ويسرا . وقد استحدث طريق هو أقرب إلى الأرض المحبوسة ، لم يجز لصاحب=

٤٦٩ – أين يكون موضع الممر إلى الطريق العام : موضع الممر إلى الطريق العام يكون فى الأراضى المجاورة ، وأول أرض يمر فيها مالك الأرض المحبوسة تكون بداهة أرضا ملاصقة لأرضه . فإن كان المرور فى هذه الأرض يؤدى به إلى الطريق العام ، كان هذا كافيا . وإلا فإنه يمر أيضاً فى الأرض أو الأراضى التى تكون مجاورة لأول أرض يمر فيها إلى أن يصل إلى الطريق العام .

ويستوى أن تكون الأرض أو الأراضى التى يمر فيها أراضى زراعية أو أراضى بناء أو أراضى فضاء ، حدائق أو أحواشا ، مسورة أو غير مسورة . فإن كانت مسورة كحديقة أو فناء ملحق بمنزل ، وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذاً للمرور منه ، ويجوز أن يبقيها مسورة ويفتح بها بابا يعطى مفتاحه لصاحب الأرض المحبوسة[١] .

ويجوز أن يكون الممر فى أرض موقوفة[٢] ، ولا يعتبر إعطاء الممر هنا إخلالا بعدم قابلية الأرض الموقوفة للتصرف ، فإن قيد حق المرور يرد على جميع الأراضى المجاورة للأرض المحبوسة حتى لو لم تكن قابلة للتصرف فيها . وفى فرنسا يجوز جعل الممر فى أرض تدخل فى دوطة الزوجة (bien dotal) ، والدوطة غير قابلة للتصرف فيها[٣] . كما يجوز أن يكون الممر فى أرض تتبع الدومين الخاص للدولة ، بل هناك رأى يذهب إلى جواز أن يتقرر حق المرور على الدومين العام ذاته إن لم يكن هذا الدومين العام هو الطريق العام الذى يريد

= هذه الأرض أن يطالب بتغيير الممر أو بنقله إلى أرض أخرى ، بدعوى أن الممر الجديد يؤدى إلى الطريق العام الجديد فيكون أقرب وأيسر (نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٨١ داللوز ٨١ – ١ – ٣٢٠ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٣٥) .

(١) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٣١ – كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ – مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠ – كاربونييه ص ١٧١ – محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٣٩ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٧ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ – ويلاحظ [illegible]

(٣) نقض فرنسى ١٧ يونيه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٤ – ١ – [illegible] سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ – ١ – ٤٧٩ – بودرى وشوڤو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٣١ .

صاحب الأرض المحبوسة الوصول إليه[١] . ويعزز هذا الرأى فى مصر أن حق الارتفاق الاتفاقى يجوز أن يتقرر على الدومين العام بتصريح التشريع ، فقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٥ مدنى على أن « يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال » . فإذا كان يجوز أن يترتب حق الارتفاق الاتفاقى على الدومين العام ، فأولى أن يترتب قيد المرور القانونى على هذا الدومين .

وكما يجوز أن يكون موضع الممر على سطح الأرض . كذلك يجوز أن يكون تحتها ، كما إذا تقرر حق المرور لمحجر أو لمنجم فى باطن الأرض[٢] . وكذلك يجوز أن يكون الممر فى موضع هو أعلى من سطح الأرض ، كما إذا أقام أحد الأفراد جسراً عاليا فوق سطح الأرض ، فيتقرر لجاره صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فوق هذا الجسر[٣] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى لوران ٨ فقرة ٩٢ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ – محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٩ – حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ – ص ٢٢٨ – وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٨ – هذا وقضاء المحاكم القضائية فى فرنسا يجيز تقرير حق المرور على الدومين العام مادام تقرير هذا الحق لا يتعارض مع الغرض الذى أعد له هذا الدومين (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٨ – ١ – ٣٠ – ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ – ٢ – ٣٥٧) . أما قضاء مجلس الدولة الفرنسى فلا يجيز ذلك (مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ – ٩ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ Lebon ٦٥٨ – ١٥ يوليه سنة ١٩٥٥ مجلة القانون العام ١٩٥٦ – ٦٤٩ – وانظر مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٢ .

(٣) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٢ – ١ – ٩ – ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣ – ٥١٣ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠ هامش ٢١ ثالثا – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٢ ص ٩٠٩ – بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٦ – مازو فقرة ١٣٨٥ ص ١١٢١ مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠١ – ص ٣٠٢ – وقد يمارس حق المرور فى باطن الأرض عن طريق إنشاء نفق أو مد أنابيب للماء أو الغاز . وقد يمارس فى الفضاء بمد أسلاك تمر عليها القاطرات (passage d'un téléphérique) : انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٥ – محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٩ – شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ ص ٣٥٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٢ – حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨١ ص ١٢١ – ص ١٢٢ .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨١٢ /١ مدنى : « ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً . وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص: « قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور فى العقارات المجاورة الأخرى . وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك . وفى هذا تسييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابق »[1] . فيجب إذن . إذا تعددت العقارات المجاورة التى يجوز أن يكون فيها الممر . أن يختار من هذه العقارات العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً . وقد يكون الممر الأخف ضرراً هو الممر الأقصر . ولكن ليس محتما أن يكون الأمر كذلك ، فقد يكون الممر الأقصر يتخلل بساتين وأشجارا فيعدل عنه إلى ممر أطول فى العقار المجاور أو فى عقار مجاور آخر . ويكون من شأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذى يلحق الأرض ذات الممر الأقصر . فإذا تعين العقار الذى يكون فيه الممر على هذا النحو ، وجب أيضاً أن يكون الممر فى موضع من هذا العقار يكون أخف ضرراً من غيره ، سواء بالنسبة إلى صاحب هذا العقار أو بالنسبة إلى صاحب الأرض المحبوسة . ويراعى فى ذلك الكيفية التى يكون عليها المرور . فقد يكون مروراً مقصوراً على الراجلين . أو شاملا للعربات والمواشى . أو مقصوراً على أيام أو ساعات معينة . ويغلب أن يقتضى الأمر لتحديد موضع الممر بالدقة أن تعين المحكمة خبيراً أو أن تأمر بإجراء معاينة على الطبيعة ، كما يغلب أن يدخل أحد طرفى الدعوى بعض الجيران الآخرين خصوما فيها إذا كانت عقاراتهم يمكن أن يعين فيها موضع الممر . وقد يراعى فى تعيين الممر جانب صاحب الأرض المحبوسة نفسه كما قدمنا . فيجوز أن يطلب هذا أن يكون الممر فى موضع هو أطول من غيره لأن الموضع الأقصر مغروس بالأشجار وبالزهور فيكون أكثر كلفة عليه[2] . كذلك قد يراعى جانب الجار الذى يتقرر حق المرور فى أرضه . فيطلب هذا تغيير موضع الممر إذا تبين أن حق المرور قد زاد عبئه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٣ ص ٧٩١ .

فى الموضع المقرر لسبب أو لآخر . فينقل الممر إلى موضع آخر يكون أخف ضرراً(١) .

فإذا ما استقر موضع الممر . لم يكن لصاحب الأرض المحبوسة إلا حق المرور فيه ليصل إلى الطريق العام . ولا يعتبر الممر مملوكا له . بل يبقى مملوكا لصاحبه(٢) . فليس لصاحب الأرض المحبوسة أن يستعمله إلا فى المرور بالكيفية التى تقررت . فيمر هو وحده أو هو وآخرون ، وقد تمر فيه المواشى والدواب والعربات ، وقد لا يستعمل الحق إلا فى أيام أو ساعات معينة ، كل هذا وفقا لاحتياجات الأرض المحبوسة وبحسب ما يتقرر تبعا لذلك(٣) .

٤٧٠ — الحبس عن الطريق العام ناشىء عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى : وهناك حالة خاصة نص فيها القانون على أن يكون الممر فى موضع معين دون غيره . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدنى كما رأينا على ما يأتى : « على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار . فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « وهذا حكم معقول . فإن العقار الذى يكون متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام . ثم يجزئه مالكه بتصرف برضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءاً منه عن الطريق العام . فحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى . كما كان الأمر قبل تجزئة العقار . وفى هذه القاعدة توسع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى الذى سيأتى ذكره فيما يلى . وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط فى الحالة التى نحن بصددها أن يكون المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى . على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلى حتى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٢ ص ٩٠٨ .

(٢) ديمولب ١٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها — لوران ٨ فقرة ٧٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٤ ص ٧٨٠ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦٠ ص ٧٩٨ .

لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام . بل كان له ممر كاف من ناحية أخرى »[1] .

والنص يفرض أن هناك أرضا لها منفذ إلى الطريق العام ، ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفا قانونيا أدى إلى جعل جزء منها محبوسا عن هذا الطريق . مثل ذلك أن يبيع جزءاً من الأرض لشخص آخر ، فيؤدى البيع إلى أحد أمرين : إما أن المشترى يشترى الجزء غير المجاور للطريق العام فيكون هذا الجزء محبوسا ، أو يشترى الجزء المجاور للطريق العام فيصير الجزء الآخر الذى استبقاه البائع هو المحبوس[2] . وكالبيع المقايضة والهبة ، فيكون هناك مقايض أو موهوب له بدلا من المشترى . ويصح أن تكون الأرض شائعة بين اثنين فيقتسمانها وبذلك تفرز حصة كل منهما ، وقد تصبح إحدى الحصتين بعد إفرازها لا منفذ لها إلى الطريق العام . هذه صور عملية للحبس الذى ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى ، ومنها نرى أن جزءاً من هذا العقار قد أصبح محبوساً عن الطريق العام بحكم هذه التجزئة . فإذا طالب صاحب هذا الجزء بحق المرور فأين يكون موضع الممر الذى يطالبه ؟ لو طبقنا القواعد العامة فى هذه الحالة ، لوقع الممر فى أى عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً . ولكن القانون هنا عدل عن هذه القاعدة ، وأوجب أن يكون الممر فى الجزء الآخر من العقار المجزأ ولو لم يكن المرور فيه هو أخف ضرراً . فى حالة بيع جزء من العقار ، إذا كان المشترى هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى استبقاه البائع ، وإذا كان البائع هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى باعه للمشترى . وفى حالة القسمة ، يكون للمتقاسم الذى انحبس بعد إفراز حصته حق المرور فى الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب المتقاسم الآخر .

ويبرر هذا الحكم أن العقار كان فى مبدأ الأمر غير محبوس عن الطريق العام ، وقد أصبح جزء منه محبوسا بفعل صاحب العقار ، فيكون من العدل أن حق المرور يتقرر للجزء المحبوس على الجزء الآخر . ولو تقرر المرور فى عقار غير هذا الجزء الآخر ، لاستطاع المالك أن يفرض بفعله حق مرور على أرض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ – ص ٥١ .

(٢) وكذلك لو باع المالك الأصل جزءاً من الأرض إلى مشتر ، وجزءا آخر أصبح محبوسا بالبيع الأول إلى مشتر آخر (ديمولومب ١٢ فقرة ٦٠٢ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠) .

الجار لأن الحبس نشأ عن تصرف صدر منه هو . وقد قدمنا[1] . أنه لا يعتد بانحباس الأرض إذا كان المالك هو الذى حبسها عن الطريق العام بفعله[2] .

ويمكن تأصيل الحكم أيضاً بتقريبه من قاعدة تخصيص المالك الأصلى فى حقوق الارتفاق الاتفاقية . فقد نصت المادة ١١٠٧ مدنى فى هذا الصدد : « ١ – يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلى . ٢ – ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لها وعليها ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . فتوسعنا هنا فى قاعدة تخصيص المالك الأصلى ، ولم نستوجب أن تكون هناك علامات ظاهرة ، استغناء عنها بأن العقار كان فى مبدأ الأمر عقارا واحداً ثم تجزأ . فكأن المالك الأصلى ، وهو يجزئ العقار تجزئة اختيارية ، فحبس جزءاً منه عن الطريق العام ، خصص الجزء الآخر للممر الذى يجب أن يكون للجزء المحبوس . وشرط ذلك كما رأينا أن يكون هناك جزء قد حبس عن الطريق العام بفعل التجزئة . ولو أن المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار قبل التجزئة ، لمصلحة الجزء الآخر ، لأصبحت قاعدة تخصيص المالك الأصلى ذاتها هى المنطبقة . ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة العقار يصبح لجزء منه حق مرور اتفاقى . لا حق مرور قانونى . على الجزء الآخر . وفى هذه الحالة ليس من الضرورى . كما هو ضرورى فى حالة المرور القانونى ، أن يكون الجزء صاحب الارتفاق محبوسا عن الطريق العام ، لأن هذا الجزء إنما كسب حق

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

(٢) ويخلص من ذلك أنه لو كانت تجزئة للعقار بسبب نزع ملكية الجزء الذى يتصل بالطريق العام ، فليس لصاحب الجزء المحبوس عن الطريق العام أن يحمل حق المرور من هذا الجزء المنزوع ملكيته . وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذى يتصل بالطريق العام مضطراً خشية عليه من نزع الملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٤ ص ٩١٠ – محمد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٦)

مرور بتخصيص المالك الأصلى وهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق الإتفاقيه . ولا يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام .

وهناك وجه آخر لتبرير الحكم الذى نحن بصدده . وإن كان لا ينطبق فى جميع الصور . فى الحالة التى يبيع فيها المالك الأصلى جزءاً من العقار فيصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام ، يمكن القول بأن البائع . كما يضمن للمشترى استحقاق الجزء المبيع ، يضمن له كذلك حق مرور للجزء المبيع على الجزء الذى استبقاه ، إذ يكون انحباس الجزء المبيع بمثابة استحقاق جزئى ، أو قل إن حق المرور هنا يعتبر من توابع المبيع الضرورية . كذلك عندما يتقاسم الشريكان العقار الشائع ، فإن صاحب الحصة المفرزة التى لها منفذ إلى الطريق العام يكون ضامنا لصاحب الحصة المحبوسة عن الطريق العام حق مرور على حصته . ولكن إذا باع المالك الأصلى جزءاً من العقار هو الذى له منفذ إلى الطريق العام ، وبقى فى الجزء الآخر المحبوس ، فإنه لا يمكن فى هذه الصورة تبرير الحكم بحق الضمان . إذ الضمان التزام فى ذمة البائع للمشترى . أما هنا فالمرور واجب على المشترى للبائع[1] . ومن ثم وجب الرجوع إلى التبرير

---

(١) ولذلك ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى « أن التصرف الذى نشأت عنه تجزئة العقار الأصلى على وجه نتج عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متضمنا لالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور ، ولو لم يرد فى التصرف نص صريح فى هذا الصدد . ذلك أن العقد... لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (م ١٤٨ / ٢ مدنى) » (إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص١٢٤ - وانظر أيضاً عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٤ – ص ٨٥) .

ويرد على هذا الرأى أنه إذا صح فيما إذا باع المالك الأصل لاجنبى الجزء المحبوس مع مستلزماته من حق ارتفاق بالمرور ، فكيف نعلل الأمر فيما إذا باع الجزء النافذ إلى الطريق العام واستبقى الجزء المحبوس . أنقول إنه اشترط على المشترى حق المرور ولو لم يشترطه فعلا . لا صراحة ولا ضمنا ! (انظر حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٤ هامش ١) .

هذا وتأصيل الحكم فى فرنسا بالرجوع إلى التصرف الذى جزأ العقار إنما كان قبل أن يصدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، وكان القضاء يسير على هذا الحكم دون نص ، مما اضطره إلى الالتجاء للقواعد العامة وتلمس الأساس فى التصرف الذى جزأ العقار . وبعد أن صدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ بقى القضاء والفقه فى فرنسا على حالها ، واعتبرا أن هذا القانون إنما هو تسجيل لما كانا يسيران عليه فى الماضى . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالنص الصريح هو الذى تضمن الحكم مباشرة ، وجعله استثناء من اختيار موضع المرور فى العقارات المجاورة ، وبناء عرضه

الأصلى فى إعطاء حق المرور للبائع على الجزء الذى أخذه المشترى ، والقول بأن هذا هو الذى يقتضيه العدل على الوجه الذى قدمناه .

وهناك فرق بين ما إذا كان حق المرور يرجع إلى فكرة الضمان ، أو يرجع إلى فكرة العدالة . ففى حالة ما إذا كان يرجع إلى الضمان ، يكون للمشترى حق المرور فى الجزء الذى استبقاه البائع وذلك دون أن يدفع مقابلا لذلك ، فإن الضمان يتضمن هذا المقابل . كذلك إذا كان الجزء المحبوس الذى أخذه المشترى قد انفك حبسه عن طريق آخر فأصبح له منفذ إلى الطريق العام ، لم يزل بذلك حقه فى المرور فى أرض البائع ، لأن هذا الحق قد كسبه عن طريق الضمان[1] . وتختلف الأحكام فيما إذا كان حق المرور يقوم على فكرة العدالة . فليس هناك ضمان فى هذه الحالة ، ويجب على من حصل على حق المرور أن يدفع مقابلا له ، وإذا انفك الحبس عن الجزء المحبوس زال حق المرور . وهذه هى الأحكام التى نرتضيها ، لأننا نبنى حق المرور على فكرة العدالة[2] .

وغنى عن البيان أن العقار الذى جزئ ، إنما يثبت لجزء منه حق المرور على الجزء الآخر على الوجه الذى بسطناه إذا كان هذا مستطاعا . فإن لم يكن مستطاعا ، بأن كان العقار كله من مبدأ الأمر محبوسا عن الطريق العام ، فأى جزء منه يصبح هو أيضاً محبوسا عن الطريق العام ، ومن ثم لا يستطاع أن

= فكرة العدالة ، ثم جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه توسع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى . قرب ما قدمناه محمد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٤ .

(١) شفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٧ – انظر عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٧ (وقد التزم فى ذلك رأيه من استخلاص حق الارتفاق بالمرور من مضمون التصرف القانونى الذى يلزم المتصرف بما هو من مستلزمات التصرف وفقا للعدالة وطبيعة الالتزام) . والعدالة وطبيعة الالتزام تقتضى القول إن الالتزام بإنشاء حق الارتفاق ، والارتفاق الذى يتقرر تنفيذاً لهذا الالتزام ، مشروط بشرط فاسخ هو زوال حالة الانحباس) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى الحكى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٨ .

(٢) وإذا اشترى الشخص جزءاً من الأرض انحبس بهذا الشراء عن الطريق العام ، فثبت له حق المرور على الجزء الآخر ، انتقل هذا الحق إلى المشترى من المشترى ، لا على أنه خلف خاص للمشترى فى التزام بالضمان ، بل على أن الجزء الذى اشتراه من المشترى محبوس عن الطريق العام بسبب تصرف قانونى ، فيثبت له حق المرور أصالة على الجزء الآخر بحكم المادة ٨١٢/٢ مدنى .

يكون للجزء الآخر حق مرور فيه يؤدى إلى هذا الطريق . وعلى ذلك لا يكون هناك مناص فى هذه الحالة من الرجوع إلى القواعد العامة التى سبق تقريرها ، والتماس ممر يؤدى إلى الطريق العام فى أحد العقارات المجاورة على النحو الذى بيناه[١] .

٤٧١ — أثر التقادم فى تعيين موضع الممر : يحسن فى صدد التقادم أن نميز بين صور مختلفة :

١ — إذا توافرت شروط حبس الأرض عن الطريق العام ، وأصبح للأرض المحبوسة حق المرور فى الأراضى المجاورة ، فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال ، مهما طال الأمد على عدم استعماله ، مادامت الأرض محبوسة[٢] ، فهو قيد يرد على الملكية ، ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة . فيستطيع صاحب الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور فى أرض الجار ، ولو بعد خمس عشرة سنة من حبس الأرض ، مادام الحبس لا يزال قائماً .

٢ — إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد استعمل حق المرور القانونى فعلا فى أرض مجاورة ، ولكن دون أن يراعى القواعد الخاصة بموضع الممر التى بسطناها فيما تقدم ، فمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضررا مثلا ، أو اختار الطريق الأطول دون مبرر ، فإن لصاحب الأرض المجاورة أن يعترض على ذلك . ولكن إذا بقى صاحب الأرض المحبوسة يمر فى الموضع الذى اختاره ، دون أن يعترض عليه الجار ، وبقى يمر فى هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة ، فإن حقه فى المرور فى هذا الموضع يتثبت بالتقادم[٣] . ولكن التقادم هنا لا يكون تقادما مكسبا ، إذ أن صاحب الأرض المحبوسة قد عنى أن يستعمل حق المرور القانونى ، لا حق مرور اتفاقى . وإنما اختار موضعا له لا يتفق مع القواعد المقررة . فيكون التقادم

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٤ ص ٩١١ — محمد على عرفة فقرة ٣٦ : ص ٣٠١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٥ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٨ ص ٤٤٠ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٥ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٩ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٦ ص ٩١٣ .

فى هذه الصورة تقادماً مسقطاً . إذ يتقادم حق الجار فى الاعتراض على الموضع الذى اختاره صاحب الأرض المحبوسة . مادام قد بقى ساكتاً دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة[١] .

٣ – إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اختار ممراً له ، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى ، بل فى عقار آخر بقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القانونى . أو كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقى صاحب الأرض فى الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب حق ارتفاق بالمرور فى الأرض التى بقى يمر فيها طول هذه المدة[٢] . وذلك بحكم التقادم المكسب ، وقد قدمنا أن

---

(١) وتنص المادة ٦٨٥ مدنى فرنسى على أن « موضع ارتفاق المرور بسبب الانحباس وطريقته يتحددان بالاستعمال المستمر مدة ثلاثين سنة . ودعوى التعويض فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٦٨٢ قابلة للتقادم ، ويجوز أن يستمر المرور ولو أصبحت دعوى التعويض غير مقبولة » . ويذهب القضاء الفرنسى إلى أن التقادم هنا تقادم مكسب ، فيكون الجار قد كسب حق المرور فى هذا الموضع بالتقادم (نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٧٤ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ – ١ – ٨٠ – ٧ يوليه سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦١ Somm. ٣٠ – ١٧ يونيه سنة ١٩٦٤ جازيت دى باليه ٢٦ – ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٦٤) . وينتقد الفقه فى فرنسا القضاء فى ذلك على أساس أن حق المرور لا يكسب بالتقادم لأنه غير مستمر (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٦ ص ٧١٨) .

أما فى مصر فحق المرور يكسب بالتقادم بصريح النص ، ولكن مع ذلك يعتبر التقادم هنا تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً ، كما قررنا فى المتن . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٥٧ ص ١٢٠ هامش ١ – حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٣٠ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٢ – وهناك من يقول إن التقادم تقادم مكسب لا مسقط ، ويرد فحسب على موضع المرور وطريقته (محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٦ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ – ص ٤٤١) – وهناك من يميز بين ما إذا كان مالك الأرض المحبوسة قد باشر حقه فى المرور فى الحدود المقررة قانوناً فلا محل للاعتراض ، أو جاوز الحدود فتكون بصدد حق ارتفاق بالمرور يكسب بالتقادم (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٨٠) والذين يرون من الفقهاء المصريين أن حق المرور القانونى إنما هو حق ارتفاق ، يذهبون تبعاً لذلك إلى أن التقادم تقادم مكسب (شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٣٥٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٢) .

(٢) وله الاحتماء بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المدعى قد رفعت بطلب منع التعرض الحاصل فى المرور بالطريق الموصل إلى أرضه ، تأسيساً –

حق المرور يجوز كسبه بالتقادم إذا كان ظاهراً[1] .

٤ — إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد حصل على حقه القانونى فى المرور فى أرض الجار فى موضع يتفق مع القواعد المقررة بحيث لا يكون للجار حق فى الاعتراض ، ولكن صاحب هذه الأرض لم يمارس حقه فعلا فى المرور من هذا الموضع مدة خمس عشرة . فإنه فى هذه الصورة يفقد بعدم الاستعمال الحق الذى كان قد كسبه . وإذا أراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محبوسة ، جاز له ذلك . ولكن بموجب حق مرور جديد وفى مقابل تعويض جديد[2] .

٤٧٢ — د . التعويض : وقد رأينا أن المادة ١/٨١٢ مدنى تقضى بوجوب أن يدفع صاحب الأرض المحبوسة تعويضاً عادلا للجار فى نظير حق المرور فى أرضه ، فيقول النص : « وذلك فى نظير تعويض عادل » . فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض ، تولى القاضى تحديده . ويلجأ فى ذلك عادة إلى خبير لتقويم الضرر الذى أصاب الجار بتثقيل أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحبوسة ، ولا يعتد بالفائدة التى كسبتها الأرض المحبوسة من جراء حق المرور . فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر ، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة[3] . ومتى تحددت قيمة الضرر ، حكم القاضى

= على استيفائه للشرائط القانونية التى تحمى يده على ارتفاق المرور ، ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق فى المرور وتملكه له ، فإن الحكم إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢) .

(١) وذلك ما لم يثبت أن ترك صاحب الأرض يمر فى الأرض المجاورة كان مبنيا على التسامح (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ١٦٧) .

(٢) شفيق شحاته فقرة ٣٦٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧ — إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١١٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٧٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٦ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٤٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٠ — شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٧ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٢ — إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ — حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٣ .

بها تعويضاً للجار . ولا يجوز الحكم بتعويض إضافى لو أن الضرر الذى أصاب الجار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار فى أرضه ، وإنما يجوز الحكم بتعويض إضافى لو أن صاحب الأرض المحبوسة هو الذى أدخل تعديلات فى استغلاله لأرضه وترتبت عليها زيادة فى عبء حق المرور وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[1] .

ولا يشترط حتما أن يعجل دفع التعويض . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨١٢ مدنى يتضمن ، كما رأينا ، نصا يقضى بأن يكون حق المرور « فى نظير تعويض كامل يدفع مقدما » ، ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عدلت هذا النص ، فأصبح « فى نظير تعويض عادل » ، واستقر هذا التعديل فى التقنين المدنى[2] . وعلى ذلك لا يشترط ، عندما يرفع صاحب الأرض المحبوسة الدعوى على الجار ، أن يعرض عليه التعويض الواجب[3] . وليس من الضرورى أن يقدر القاضى التعويض مبلغا إجماليا يدفعه صاحب الأرض المحبوسة للجار[4] ، بل يصح أن يجعل التعويض على أقساط تدفع فى أوقات معينة ، كما يصح أن يجعل التعويض ايرادا مرتبا يدفع فى أول كل سنة[5] .

ولكن يجوز للجار ، فى جميع الأحوال ، أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق فى ذمته واجب الأداء ، وذلك تطبيقا

= ويدخل فى التعويض نفقات إنشاء الممر فى أرض الجار (جرينوبل ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ - ٢ - ٤١ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩٠٥) .
وإذا لم يوجد ضرر أصلا ، فلا تعويض (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٦٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٦٥ فى الهامش .

(٣) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ - ١ - ٥٠٢ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ .

(٤) ولو أن تقدير مبلغ إجمالى أدعى لعدم تجدد النزاع فى شأن مقدار التعويض (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

(٥) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ - نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٦ - ١ - ٣٢٦ .

لقواعد الحق فى الحبس[1] ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلا فى أرض الجار قبل أن يدفع التعويض ، فإنه يكون مستعملا لحقه ، ولا يكون مسئول مسئولية جنائية لدخوله فى أرض الغير دون حق[2]. وإنما يطالبه الجار بالتعويض المستحق . وقد يطالبه بتعويض إضافى إن مر فى موضع غير الذى جدد له ، وقد يحتمى الجار بدعوى منع التعرض[3] .

ودعوى المطالبة بالتعويض تتقادم بخمس عشرة سنة ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى . فإذا حصل صاحب الأرض المحبوسة على حق المرور فى أرض الجار ، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائى ، أو مارس حق المرور فعلا دون اتفاق أو حكم ، فإن التعويض يصبح مستحقاً . فإذا سكت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه ، فإن دعواه تسقط بالتقادم[4] . وإذا حكم للجار بالتعويض ، أو تراضى عليه مع الطرف الآخر ، وكان التعويض مبلغا إجماليا ، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أى قسط منه ، فإنه يسقط هنا أيضاً

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ .

(٢) انظر م ١/٨٧ عقوبات (المرور فى أرض مزروعة أو مهيأة للزرع وكان ذلك بدون حق قانونى) وم ٣٧٣ عقوبات (دخول ملك الغير بدون إذن) .

(٣) نقض فرنسى ٢٩ نوفبر سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٢ - ١ - ١٠٨ - ٢٢ نوفبر سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠ - ١ - ٢٣١ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ داللوز ٢٥ - ١ - ٦٨ - لوران ٨ فقرة ٩٧ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٠ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤١ - إسماعيل غانم فقرة ٥٦ - ص١١٧ - ص ١١٨ - عبد المنعم الصدة فقرة ٧٩ ص ١٢٠ .

وإذا استمر صاحب الأرض المحبوسة يستعمل حق المرور مدة سنة ، فله هو أيضاً أن يحتمى بدعوى منع التعرض (بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٩٣٠) .

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٠ - محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ - إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ - حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ - كذلك إذا بقى الجار يمر فى أرض المالك مدة خمس عشرة سنة دون أن يدفع مقابلا لذلك ، فإن موضع المرور يتثبت بالتقادم كما قدمنا ، وكذلك تسقط دعوى التعويض بالتقادم (نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ١ - ١٥٣ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ وهامش ٢٦ - بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٤٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٣) .

بالتقادم(١) . بل إذا كان التعويض المحكوم به أو المتفق عليه إيرادا يتجدد كل سنة ، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات شأنه فى ذلك شأن كل دين دورى متجدد(٢) .

§ ٣ - المطلات والمناور

٤٧٣ — المطل المواجه والمطل المنحرف والمنور : عند إقامة بناء يقتضى الأمر نقب فتحات فى حيطانه ينفذ منها الضوء والهواء إلى داخل البناء ، ويمكن منها الإطلال للنظر إلى الخارج .

فإذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة معاً — الضوء والهواء والنظر — سميت مطلا (vue) ، وذلك كالنوافذ والشبابيك والشرفات والبلكونات والخارجات بوجه عام . وإذا قصرت على الضوء والهواء دون النظر ، سميت منورا (jour, de souffrance, de tolérance) . أما فى القانون الفرنسى فالمنور لايكون إلا لنفاذ الضوء ، دون الهواء ، إذ يجب تجهيزه بشباك من حديد لاتزيد العين من عيونه على دسمتر واحد ، وسده بزجاج غير شفاف (verre dormant) ، فلا يمر فيه الهواء ولا يمكن منه النظر(٣) . ولا يشترط ذلك فى القانون المصرى ، فالمنور فى هذا القانون يستعمل لمرور الهواء كما يستعمل لنفاذ الضوء(٤) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦٧ ص ٨١٠ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ — ص ٤٢ — إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ — حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ — ص ١٢٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت دى پاليه ١٩٢٥ — ١ — ٦٥٠ — پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩١٤ .

(٤) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٨٢١ مدنى كما سنرى (انظر ما يلى فقرة ٤٧٩) . بل إن هذا كان هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم من أنه كان لا يشتمل على نص خاص بالمناور يقابل المادة ٨٢١ مدنى ، ولكن القضاء المصرى كان يطبق الحكم دون نص (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢ — أسيوط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ — قارن مع ذلك الجيزة الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٨٨ ص ٧٧٨) .

ولا فرق إذن بين المطل والمنور فى القانون المصرى إلا من حيث إمكان الإطلال النظر فى الأول وعدم إمكان الإطلال فى الثانى ، ولذلك يكون المنور فتحة فى الحائط كالمطل ، ولكنها فتحة تعلو على قامة الإنسان فلا يستطيع الإطلال منها فى الوضع العادى[1] .

والمطل إما أن يكون مطلا مواجها (vue droite, de ace) يمكن الإطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو شمالا ، أو مطلا منحرفا (vue oblique, de côté) لا يمكن الإطلال منه على ملك الجار إلا بعد الالتفات يمينا أو شمالا أو إلا بعد الانحناء إلى الخارج[2] .

ولما كان المطل المواجه هو أشد الفتحات مضايقة للجار ، ويليه المطل المنحرف ، ثم المنور ، فقد جعل القانون لكل حكمه . وقيد المطل المواجه بقيد أشد من قيد المطل المنحرف ، وأطلق المنور من كل قيد .

(ا) - المطل المواجه والمطل المنحرف

٤٧٤ — نصوص قانونية : تنص المادة ٨١٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة » .

« ٢ – وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا حق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل »[3] .

---

(١) وقد قضى بأنه إن أمكن الإطلال على الجار من الفتحة المعتبرة منورا ، وجب اعتبارها مطلا أيا كان ارتفاعها (دمياط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٣٠ ص ٦٦٦) .

ويوجد أيضاً ، إلى جانب المنور والمطل ، ارتفاق الرؤية (servitude de prospect) ، ويعطى الحق للمالك فى الإطلال على ملك جاره والنظر إلى مدى بعيد ، بحيث لا يسمح للجار بالبناء فى حدود هذا المدى حتى لا يعطل حق المالك فى النظر ، وهو حق ارتفاق يكسب بما يكسب به سائر حقوق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٣ ص ٧٦٨ – ص ٧٦٩) .

(٢) نقض مدنى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٠ فى المشروع —

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٩ – ٦١/٤٠ – ٦٢ [1].

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٠ و٩٧٢ – ٩٧٣ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٨ – ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٦٦ و٦٨ – ٦٩ [2].

= النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٧ – ص ٦٩) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٦١/٣٩ : لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل على خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد .

م ٦٢/٤٠ : تقاس تلك المسافة إما من ظهر الحائط الذى فيه المطل المذكور ، أو من ظاهر الخرجة أو المشربة .

(وأحكام التقنين المدنى السابق توافق أحكام التقنين المدنى الجديد . وزاد التقنين المدنى الجديد بأن حسم خلافاً كان قائماً فى القضاء المصرى بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم كما سيجىء) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٧٠ : ١ – لا يجوز لمالك عقار أن يكون له مطل مستقيم أو نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات ، على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط الذى يحدث فيه هذا المطل أو هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين . ٢ – وإذا لم تكن هذه المسافة موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضياً ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمتراً من أرض الغرفة إذا كان الطابق علوياً .

م ٩٧٢ : لا يسرى المنع الوارد فى المادتين ٩٧٠ و٩٧١ على الأسطحة وعلى النوافذ المفتوحة على الطرقات العامة .

م ٩٧٣ : تحسب المسافة المعينة فى المادتين ٩٧٠ و٩٧١ ابتداء من ظاهر الحائط الخارجى حيث تكون النوافذ ، وما سواها من النتوءات فابتداء من خطها الخارجى حتى الخط الفاصل بين العقارين .

(وأحكام التقنين السورى توافق أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا تحديد المسافة للمطل بمترين بدلا من متر واحد فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٦٦ (مطابقة للمادة ٩٧٠ سورى) .

م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سورى) .

م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سورى) .

وتنص المادة ٨٢٠ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل . ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام »[1].

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فلم يكن هناك فى هذا التقنين قيد مسافة بالنسبة إلى المطل المنحرف.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧١ – ٩٧٣ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٩ – ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى – ويقابل النص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٦٧ – ٦٩[2] .

= (وأحكام التقنين اللبنانى توافق أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا تحديد المسافة للمطل بمترين ، بدلا من متر واحد فى التقنين المصرى – وانظر فى القيود الخاصة بالمطلات فى لقانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١١٩ – ص ١٢٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٩١ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية طفيفة أصبح بعدها مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٩ – ص ٧٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٧١ : لا يجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبى أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر .

م ٩٧٢ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصرى) .

م ٩٧٣ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصرى) .

(وأحكام التقنين السورى توافق أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٦٧ (مطابقة للمادة ٩٧١ سورى) .

ويخلص من هذه النصوص أن المطل ، مواجها كان أو منحرفاً ، يتقيد فتحه بأن يكون على مسافة معينة . ومجال تطبيق قيد المسافة عام ، فيسرى على المبانى فى المدن والقرى . ولكن هناك مطلات ، كما سنرى ، معفاة من قيد المسافة . فإذا وجب قيد المسافة ، فالمطلات المستوفية لهذا الشرط تترتب عليها أحكام غير تلك التى تترتب على المطلات غير المستوفية له . فهذه مسائل أربع نبحثها فيما يلى .

٤٧٥ — قيد المسافة : هنا يجب التمييز بين المطل المواجه والمطل المنحرف على النحو الذى قدمناه .

فإذا كان المطل مواجها ، فهو أكثر مضايقة للجار المفتوح عليه المطل كما سبق القول . لذلك تشترط المادة ١/٨١٩ مدنى ، كما رأينا ، « ألا يفتح » على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة » . فإذا كان المطل نافذة أو شباكا مفتوحا فى حائط من حوائط المبنى ، أخذ الخط الذى يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية ، وأخذ الخط الذى يفصل ما بين العقارين كنهاية . فإن كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية متراً أو أكثر ، كان المطل المواجه مفتوحاً فى حدود المسافة القانونية . وإن كانت هذه المسافة أقل من متر ، كان المطل المواجه مجاوزاً لحدود المسافة القانونية . وإذا كان المطل المواجه خارجة[1] ، شرفة كان أو ڤيراندا (veranda) أو تيراسا (terrasse) أو باكونا (b) أو غير ذلك[2] ، كانت نقطة البداية هى حافة المشربة أو الخارجة

— م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سورى) .
م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سورى) .
(وأحكام التقنين اللبنانى توافق أحكام التقنين المصرى) .

(١) ويلاحظ أن الخارجة تعتبر مطلا مواجها ، ليس فحسب بالنسبة إلى ما هو أمامها ، بل أيضاً بالنسبة إلى ما هو على يمينها وما هو على شمالها (نقض فرنسى ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١١ - ١ - ٢٧٠ - بودرى وشوڤو فقرة ١٠٣١ ص ٧٦٤ - وفقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٥) .

(٢) كأرض رفعت واستندت إلى حائط فأصبحت بمثابة تيراس (پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٩ ص ٨٩٦ هامش ٢) ، أو تيراس خطط على سطح المنزل (بودرى وشوڤو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٦) .

ونقطة النهاية هي دائما الخط الفاصل ما بين العقارين . ويجب أن تكون المسافة ما بين هاتين النقطتين لا تقل عن متر . وإذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك . فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط (١). وعلى ذلك إذا كان حائط المبنى قائما على مسافة تقل عن متر من الخط الفاصل . أو كان من باب أولى قائما على الخط الفاصل ذاته وهذا جائز . فإنه لا يصح في هاتين الحالتين أن تفتح في الحائط مطلات مواجهة .

أما إذا كان المطل منحرفا . فهو أقل مضايقة للجار . ولذلك تقل المسافة . فتصبح نصف متر بدلا من متر . وتقول المادة ٨٢٠ مدنى . كما رأينا . في هذا الصدد : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل » . فتقاس المسافة إذن من حرف النافذة إلى الخط الفاصل ما بين العقارين . فإن كانت نصف متر أو أكثر كانت المسافة قانونية ، وإلا فهى غير قانونية (٢) .

وإذا كان الفاصل بين العقارين أرضا فضاء مشتركة . كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك . دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية ، سواء للمطل المواجه أو للمطل المنحرف ، فيحسب المتر أو نصف المتر من المطل إلى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار ، لا إلى نصف هذه الأرض فقط (٣)

٤٧٦ — مجال تطبيق قيد المسافة : وما قدمناه من قيد المسافة ، في المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة ، ينطبق على جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة ، حتى لو كانت المالكة هي الدولة مادامت ملكيتها ملكية خاصة .

---

(١) ديمولب ١٢ فقرة ٥٥٧ – لوران ٨ فقرة ٥٨ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٦ .

(٢) وغنى عن البيان أن مسافتى المتر ونصف المتر إنما تكونان حيث لا يوجد نص تشريعى آخر يعين مسافة أخرى . وتوجد هذه النصوص التشريعية المخالفة كثيراً في قوانين تنظيم المبانى (انظر محمد على عرفة فقرة ٢٥١ – حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ هامش ١) .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٥٥٨ – ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٤٤ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٤١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٠ – حسن كيرة فقرة ٧٠ ص ٢٣٩ .

أما الأملاك العامة ، فلا يسرى قيد المسافة بالنسبة إليها كما سنرى[1] .

ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة فى المدن ، فالعقارات الموجودة فى القرى يسرى بالنسبة إليها هى أيضاً قيد المسافة[2] .

ويستوى فى العقار الذى يفتح فيه المطل أن يكون مسكوناً أو غير مسكون ، وأن يكون مسورا أو غير مسور[3] .

٤٧٧ — المطلات المعفاة من قيد المسافة : على أن هناك مطلات لا تخضع لقيد المسافة ، فيمكن فتحها على أية مسافة كانت من العقار المجاور ، وأهمها ما يأتى :

أولا — الأبواب ومداخل العقار . فهذه لا تعتبر مطلات ، إذ هى لا تعد للإطلال منها على الجار . بل هى موجودة أصلا للدخول إلى العقار والخروج منه[4] .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٤٧٧ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٠ ص ٨١١ — ص ٨١٢ .

ويعتبر المطل المفتوح على أرض غير مبنية غالبا مفتوحا على سبيل التسامح (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ١٣١ — ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٩ ص ١٠٣٤ — الإسكندرية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ — طنطا ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ — مصر ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٧ ص ٢١٥) .

ولا يشترط إثبات أن المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية قد أحدث ضررا للجار . وقد قضت محكمة النقض بأن قول الشارع فى المادة ٣٩ مدنى (قديم) : لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل ، معناه التحريم ، والتحريم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضرراً بالفعل أو لم يحدث ، فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضا قانونا ، فعدم تحدث المحكمة فى حكمها بالإزالة عن اعتساف الجار فى طلب الإزالة لعدم إصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها لا يقدح فى حكمها ، إذ هذا التحدث كان يكون له محل لو أن المحكمة كانت تملك النظر فى قيام الضرر أو عدم قيامه (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

(٤) نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ١٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٦٦ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٧ — كولان وكابيتان ودى =

ثانيا – المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطانا مسدودة ما لم تنهدم هذه الحيطان ، أو لا تكشف إلا السطح ، أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء . فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة ، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت ، بل يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين [1] .

ثالثا – المطلات المواجهة للطريق العام ، ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٨٢٠ مدنى ، كما رأينا ، صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول : « ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » . وقد ورد هذا النص في شأن المطل المنحرف الذي يكشف عقارا مملوكا ملكية خاصة ، ولا حاجة لمثل هذا النص في شأن المطل المواجه للطريق العام إذا لم يكن مطلا منحرفا كاشفا لعقار مملوك ملكية خاصة . ذلك أن الطريق العام إنما تسرى عليه القواعد والنظم التي تضعها السلطة العامة ، فليس في حاجة إلى قيد المسافة . وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه في فرنسا ، دون أن يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص صريح في هذا المعنى [2] .

= لامورانديير فقرة ١٠١٠ ص ٨١٢ انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٦٦ ص ٤٧٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٥ – دمياط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ – ص ٣٠٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ – ص ٨٩٩ – مارتى ورينو فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٣ – إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠١ – انظر عكس ذلك عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٢ هامش ١ – وإذا انهدم الحائط الذي يكشفه المطل ، فأصبح المطل يكشف أجزاء العقار الداخلية ، جاز لصاحب هذا العقار أن يطلب سد المطل حتى لو بقى المطل مفتوحا على الحائط مدة خمس عشرة سنة . ذلك لأن بقاء المطل مفتوحا على الحائط هذه المدة لا يكسب صاحبه حق ارتفاق بالتقادم ، إذ ليس في هذا العمل اعتداء يكسب قيامه حقا بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٨) .

(٢) نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٦١ داللوز ٦٢ – ١ – ١٣٨ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٨٥ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ – ١ – ٥٥٨ – ٩ يناير سنة ١٩٢٤ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ – ١٤٩ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٧ – ٢٩٨ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ .

٤٧٨ — المطلات المستوفية لقيد المسافة والمطلات غير المستوفية لهذا القيد : فإذا وجب قيد المسافة ، وكان المطل مستوفيا له ، فإنه يعد استعمالا لرخصة فى حدودها القانونية(١) . ولا يعتبر المطل ، مواجها كان أو منحرفا ، فى هذه الحالة ، حتى ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو كما قدمنا قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور(٢) . فإذا أراد صاحب هذا العقار الأخير هو أيضاً البناء فى ملكه ، كان بالخيار بين أن يبنى فى حدود ملكه فيقيم حائطا على الخط الفاصل بين العقارين ولكنه فى هذه الحالة لا يستطيع أن يفتح فيه مطلا لأنه لا يكون فى حدود المسافة القانونية ، أو أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر إذا أراد فتح مطل مواجه أو بمسافة نصف متر إذا أراد فتح مطل منحرف(٣) .

أما إذا كان المطل غير مستوف لقيد المسافة ، بأن كان مفتوحا على مسافة أقل من متر إذا كان مواجهاً ، أو على مسافة أقل من نصف متر إذا كان مطلا منحرفاً ، كان لصاحب العقار المجاور أن يطالب بسده(٤) . وإذا فرضنا أن

---

(١) نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدنى (القديم) إنما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء فى أن يقيم البناء على نهايتها إذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره . وهو لم يقصد بحال أن يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه ، بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبى لا يمكن معه لصاحب هذا العقار أن يقيم بناء على حدود ملكه ، أو أن يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن . وذلك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضى المدة ، وإنما هو لا يكون إلا بالاتفاق عليه . فالمطل لا يعتبر ارتفاقا للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية (نقض فى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) – وانظر حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ – ص ٢٣٨ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٢ .

(٤) نقض مدنى ٢ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ١٦٦ – وقد قضى بأنه يجوز ، بدلا من سد المطل سدا كاملا ، أن يكتفى بتحويله إلى منور ، وذلك بسد الجزء الأسفل منه بحيث تصير قاعدته أعلى من قامة الإنسان العادية ، إذا كان ذلك ممكنا (استئناف مصر ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤ – شفيق شحاتة فقرة ٢٨٦ ص ٢٧٧ – إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٠) .

المطل كان مواجهاً وكان مفتوحا فى حائط قائم على الخط الفاصل بين العقارين ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى عقاره على نفس الخط الفاصل فيسد بذلك المطل المفتوح عليه ، بشرط ألا يفتح هو بدوره مطلا فى الحائط الذى أقامه لأن هذا المطل لا يكون مستوفيا هو أيضاً لقيد المسافة .

وإذا بقى المطل غير المستوفى لقيد المسافة مفتوحا مدة سنة[1] ، واستوفى شروط دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحيازة صحيحة خالية من العيوب وليست على سبيل التسامح ، فإن صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له فى المطل وذلك بدعوى منع التعرض[2] ، أو من إقامة حائط على حدود ملكه بسد المطل وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وعلى الجار أن يرفع على صاحب المطل دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire) ، فيكون على صاحب المطل ، وقد رفعت عليه الدعوى الموضوعية ، أن يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق ومنها التقادم[3] .

فإذا ظل المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، وكان المطل غير معفى من قيد المسافة على النحو الذى بيناه فيما تقدم[4] ، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ، ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو[5] . وليس

---

(١) أما إذا بقى المطل مفتوحا أقل من سنة ، فللجار أن يرفع دعوى منع التعرض ، لأن المالك بفتحه المطل فى غير الحدود القانونية يكون قد تعرض له فى حيازته (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٣ – محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ – ص ٣٣٤ – مصر الكلية ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٥٥ ص ٢٥٤ – وقارن طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩) .

(٢) نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ – ١٤٠ – محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٦ – ١٢ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٤ – فقرة ٣٧٥ – محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٤ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٤٧٧ .

(٥) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٦٣ داللوز ٦٥–١–١٤٥–١٩ أكتوبر سنة ٨٨٦ : ٠

لصاحب العقار المجاور أن يعترض ، حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر أو بمسافة نصف متر بحسب الأحوال ، وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب بالتقادم كليا أو جزئيا[١] . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : « وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يجوز لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل »[٢] .

وكان هناك شك فى أن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل يكون من حقه إلزام الجار بترك المسافة القانونية ، لا على طول فتحة المطل فقط ،

= داللوز ٨٧-١ - ١١٦ - ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ - ١٤٠ - ٢ مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دى پاليه ١٩٣٨ - ١ - ٨١٣ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٣٢٢ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٢٣ .

(١) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٦٩ - ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩١٠ - ١ - ٧٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ هامش ٣٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ - پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٩٢٣ ص ٩٠٠ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « .. ثم حسم (المشروع) خلافا قائما فى القضاء المصرى بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم . فهناك أحكام تقضى بأنه إذا كسب المطل بالتقادم ، فلا يحق للجار أن يبنى على مسافة أقل من متر على طول البناء الذى فتح فيه المطل . وهناك أحكام أخرى تعطى الجار الحق فى أن يبنى على حدود ملكه ، ولو سد المطل المفتوح . وقد أخذ المشروع بالرأى الأول ، لأنه هو الذى يجعل لكسب المطل بالتقادم قيمة جدية ويجب أن يؤخذ بهذا الحل أيضاً فى المطل المنحرف ، إذا كسب بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٨) .

أما الأحكام التى تشير إليها المذكرة الإيضاحية فنها ما يطابق النص : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٠١ - الإسكندرية الوطنية ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ - المنصورة الجزئية الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٤٧ ص ٧٣٦ - استئناف مختلط ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤ - ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٠٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٨ - ومنها ما يناقضه : استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٢ ص ٢١٩ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٣٨ ص ٦٩ - مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٤٦ - ٤ أكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١٧ ص ٢٢٧ .

بل على طول البناء كله الذى فتح فيه المطل[١] . وقد جاء التقنين المدنى المصرى الجديد حاسما فى هذه المسألة بنص صريح ، إذ يقول كما رأينا : « وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل »[٢] .

وإذا التزم الجار ترك المسافة القانونية من حد المطل وأقام بناء ، فليس لصاحب المطل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمطل وقد سلم له مطاله بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية (non aedificande, de altius non tollendi)[٣].

فإذا أقام الجار حائطا فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فإنه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المطل الأول مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل ، كان للجار أن يقيم حائطا يبعد عن المطل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر ، وله فى هذه الحالة أن يفتح مطلا فى حائطه لأن هذا المطل يكون فى هذه الحالة مفتوحا فى حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر[٤] . وهناك رأى يذهب إلى أن الجار ليس له فى هذه الحالة أن يفتح فى حائطه مطلا ، وإذا أراد ذلك فعليه أن يبتعد بحائطه متراً آخر فيكون على مسافة مترين من الخط الفاصل[٥] .

ويكسب صاحب المطل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل فى نطاق الحيازة التى كانت أساساً للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة ،

---

(١) الإسكندرية الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ – مونبلييه ١٥ نوفبر سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٨ – ٢ – ٦٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٠ ص ٤٩١ – ص ٤٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢١ – ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ – ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ – الإسكندرية الجزئية المختلطة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٤ رقم ١٨٢ ص ١١١ – نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ – ١ – ٢٩٣ – ٢١ يونيه سنة ١٩٢١ سارت دى بالى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٤ ص ١٢٢ .

(٤) انظر إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٢ هامش ٢ .

(٥) محمد على عرفة فقرة ٢٥٨ ص ٣٣٢ – حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٤٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٧ ص ٩٢ .

لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى[1] . ومن كسب بالتقادم مطلاً في الطابق العلوى لا يحق له أن يفتح مطلاً في طابق أعلى أو في طابق أسفل[2] . ولكن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، إذا كان لا يجوز له أن يضيف إليه مطلاً آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد في سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات[3] .

وإذا انهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة[4] . ويجوز إثبات مدى المطل الذى كسب بالتقادم عن طريق البينة ، لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية[5] . ولكن إذا بقى الحائط منهدماً مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل لا يرجع من جديد ، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة[6] .

ب - المنور

٤٧٩ - **نص قانونى** : تنص المادة ٨٢١ مدنى على ما يأتى :

« لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة

---

(١) مصر الكلية الوطنية أول مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٣٩ ص ٧٠٠ - استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٤٠ ص ٧٩ - نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - لوران ٨ فقرة ٦٣ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ ص ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ .

(٢) مصر الكلية استئنافى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٨ ص ٥٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٣ - عكس ذلك لوران ٨ فقرة ٦٣ .

(٤) استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٩ ص ١٢٤ - استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ .

(٥) نقض فرنسى ١٧ فبراير ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ٨٨ - دمولب ١٢ فقرة ٥٨٢ - لوران ٨ فقرة ٦٤ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ ص ٧٧٢ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ .

(٦) أجا ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥١٦ ص ٦٣٠ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ ص ٤٩٤ .

الإنسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور»[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن سكوت هذا التقنين عن تعيين مسافة للمناور معناه أنه لم تكن تشترط فيه أية مسافة لها[٢] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٠ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٣٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل النص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٦٦[٣] .

ويخلص من هذا النص أن المنور لا يشترط فى فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة إلى فتح المطل سبق بيانها . وكل ما يشترط فى المنور هو أن يكون على ارتفاع معين وألا يستعمل الا لنفاذ النور ومرور الهواء ، فلا يجوز الإطلال منه على العقار المجاور . وللمنور الذى استوفى هذه الشرائط حكم فى القانون ، يختلف عن حكم المنور الذى لم يستوفها .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١ — ص ٧٢) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «وقد سكت التقنين الحالى (السابق) عن ذكر المناور ، ولكن الحكم فيه هو ما تقدم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٠ : وإذا لم تكن هذه المسافة (مسافة مترين بالنسبة إلى المطل) موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ أو الشبابيك إلا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد إضاءتها إذا كان الطابق أرضيا ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من أرضية الغرفة إذا كان الطابق علويا . (وعلو المنور من أرضية الغرفة فى التقنين السورى هى كما نرى ٢½ مترا فى الطابق الأرضى و١,٩ مترا فى الطابق العلوى . فى حين أنها فى التقنين المصرى علو يزيد على قامة الإنسان فى جميع الأحوال .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٦٦ (مطابقة للمادة ٢/٩٧٠ سورى ، والخلاف بين التقنين المصرى والتقنين اللبنانى هو نفس الخلاف بين التقنين المصرى والتقنين السورى) .

٤٨٠ — القيد فى المناور هو فى الارتفاع فوق المسافة : قدمنا أن القانون الفرنسى يميز تمييزاً واضحا بين المناور والمطلات . فالمنور لا يكون إلا لنفاذ النور . ولا يجوز مرور الهواء منه ولا الإطلال منه على العقار المجاور . ولذلك يجب ، إلى جانب أن يكون على ارتفاع معين (٢,٦ متراً فى الطابق الأرضى و ١,٩ متراً فى الطبقات العلوية) . تجهيزه بشباك من حديد لا تزيد أى عين من عيونه على ديسمتر واحد وسده بزجاج غير شفاف . أما المنور فى القانون المصرى فلا يختلف عن المطل إلا من حيث الارتفاع ، ومن حيث الغرض المقصود منه إذ المقصود من المنور نفاذ النور ومرور الهواء فى وقت واحد ، ولذلك ليس من الضرورى أن يجهز بشباك من الحديد ولا أن يسد بزجاج غير شفاف . ولا يجوز الإطلال من المنور[١] .

ولا يقيد القانون المصرى ، كما لا يقيد القانون الفرنسى ، المناور بمسافات معينة ، كما قيد كل من القانونين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة . فيجوز إذن فتح المناور فى الحيطان على أية مسافة ، بل يجوز أن يقيم المالك حائطا على الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور . والقيد الوحيد للمنور ، فى القانون المصرى ، هو أن يكون ارتفاعه فوق قامة الإنسان المعتادة ، حتى لا يستطاع الإطلال منه . فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين مثلا ، أو على ارتفاع ١,٩ متراً كما هو الأمر فى القانون الفرنسى ، ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١,٧٥ متراً فقط إذ أن قامة الإنسان المعتادة تصل إلى هذا الطول[٢] .

ونرى من ذلك أن الفتحة فى الحائط ، فى القانون المصرى ، إذا لم تكن مرتفعة فهى مطل معد لنفاذ النور ولمرور الهواء وللإطلال منه ، فيجب إذن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٧٣ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان ارتفاع الفتحة عن سطح الغرفة بمقدار يعلو عن قامة الرجل العادى بحيث لا يتسنى الإطلال منها على الجار ، فإنها تعتبر بمثابة منور لا مطل (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢) – وإذا فتح منور فى بئر السلم ، قيس الارتفاع من أقرب درجات السلم إلى المنور (بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٩ ص ٧٦٢ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣) .

أن تراعى فيه المسافات القانونية التى تقدم بيانها . وإذا كانت الفتحة مرتفعة بحيث تعلو على قامة الإنسان المعتادة ، فهى منور معد لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الإطلال منه ، فلا تراعى فيه مسافة ما ولو فتح فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين ، ولكن يراعى فيه هذا القدر من الارتفاع .

٤٨١ — حكم المناور المستوفية لشرط الارتفاع : فمتى استوفى المنور شروطه ، بأن كان على هذا الارتفاع المعين وبأن كان معدا للنور والهواء دون الإطلال ، كان لصاحبه أن يستبقيه ، ولا يجوز لصاحب العقار المجاور أن يعترض عليه أو أن يطلب سده[1] .

ولكن صاحب المنور لا يكسب حقاً قبل صاحب العقار المجاور ، فهو بفتحه المنور إنما أتى رخصة من المباحات . ولذلك يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى ملكه على الخط الفاصل ما بين العقارين ، فيسد المنور الذى فتحه جاره ، ولا يصبح هذا المنور صالحا للإنارة ولا لمرور الهواء[2] . وليس لصاحب المنور أن يعترض على ذلك ، أو أن يطلب هدم الحائط الذى أقامه الجار فى ملكه ، إذ هو لم يكسب حقا قبل الجار بفتحه المنور كما قدمنا .

ويكون هذا هو الحكم ، حتى لو أن المنور بقى مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فيجوز للجار ، حتى بعد انقضاء هذه المدة ، أن يقيم حائطا فى ملكه يسد به المنور . ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم ، فهو إنما أتى رخصة من المباحات كما قدمنا ، وإتيان الرخصة لا يصلح أساسا للحيازة ولا للتملك بالتقادم المكسب[3] .

---

(١) ولكن لا يجوز لصاحب المنور أن يسىء استعماله ، كأن يقذف منه على الجار لفافات منزله ، أو أن يعتلى ما يمكّنه من الإطلال من المنور على الجار (الجيزة ١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨ — دمياط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ — إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٩ — ص ١٠٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٧ — نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠ — ١ — ٧٢ — ٢٤ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ١٦٦ — ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٣١٣ — ٨ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١٤٠ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٣٢ — طنطا

ونرى من ذلك أن المالك ، إذا فتح منوراً فى حائط أقامه ، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحا للغرض المقصود منه ، وهو الإنارة والتهوية ، حتى لو بنى جاره حائطا على الخط الفاصل فيما بعد . فإن المنور يكون فى هذه الحالة بعيداً عن حائط الجار بعداً كافيا يبقى على صلاحيته كمنور .

٤٨٢ – حكم المناور غير المستوفية لشرط الارتفاع : وإذا كان المنور غير مستوف لشرط الارتفاع الواجب ، بأن كان مفتوحا مثلا على ارتفاع ١,٧٥ متراً أو على ارتفاع أقل من أرضية الحائط ، فإنه يعتبر فى القانون المصرى مطلا لا منورا كما تقدم القول . ومن ثم يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون هذا المطل قد روعيت فيه المسافة القانونية التى سبق بيانها فى المطل المواجه والمطل المنحرف . وفى هذه الحالة لا يجوز للجار الاعتراض عليه ، لا من حيث إنه منور ولا من حيث إنه مطل . وتسرى الأحكام التى قدمناها فى المطلات المفتوحة فى حدود المسافة القانونية [(١)].

(الحالة الثانية) أن يكون هذا المطل لم تراع فيه المسافة القانونية . وفى هذه الحالة يجوز للجار أن يعترض عليه وأن يطلب سده . ولا يجوز لصاحبه أن يدعى أنه إنما فتح منورا لا مطلا ، وأن شكل الفتحة وسعتها ووضعها يدل كل ذلك على أن المقصود منها الإنارة والتهوية لا الإطلال ، وأن الفتحة لا تستعمل فعلا للإطلال . فمادامت الفتحة ليست على الارتفاع الواجب قانونا ، فهى مطل لا منور كما تقدم ، وتسرى عليها جميع الأحكام التى تسرى على المطلات غير المستوفية لقيد المسافة وقد تقدم بيانها [(٢)] .

= الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ – بنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ – بودرى وشوڤو فقرة ١٠٣٠ ص ٧٦٣ – محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٦ – شفيق شحاتة فقرة ١١٩ – محمد على عرفة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩ – إسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٩ .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٧٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٧٨ .

ومن هذه الأحكام أن الفتحة إذا بقيت على وضعها مدة خمس عشرة سنة ، فقد كسب صاحبها حق ارتفاق بالمطل . ولا يجوز بعد ذلك للجار أن يعترض على بقاء الفتحة ، ولا أن يطلب سدها ، سواء اعتبرت منورا أو مطلا(١) .

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٦ – محمد على عرفة فقرة ٤٥٢ ص ٣٢٨ – ص ٣٢٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩ ص ١٢٧ – إسماعيل غانم فقرة ٤٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٦ – حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤٢ .

الباب الثالث

الملكية الشائعة

---

٤٨٣ — تقسيم الموضوع : نجرى فى تقسيم الموضوع على نهج التقنين المدنى ، فنتكلم أولا فى الملكية الشائعة بوجه عام ، ثم نتكلم فى وضع خاص للشيوع هو الشيوع الإجبارى .

الفصل الأول

الملكية الشائعة بوجه عام(*)

(Copropriété — Indivision)

٤٨٤ — الملكية الشائعة فى التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الجديد : حذا التقنين المدنى السابق حذو التقنين المدنى الفرنسى . فكان مقتضبا أشد

(*) مراجع : **Lebret** فى فكرة الشيوع فى القانون الفرنسى رسالة من **Caen** سنة ١٩٢٢ — **Siesse** فى الشيوع الوراثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — **Cembron** فى الشيوع وملكية الطبقات (شرح للقانون البلجيكى الصادر فى ٨ يوليه سنة ١٩٢٤) بروكسل سنة ١٩٢٥ — **Jonasco** فى الشيوع فى المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ .
De Vareilles - Sommières فى الملكية الشائعة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص ٥٢٧ وما بعدها — كابيتان فى الشيوع الوراثى فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص١٩ وما بعدها وص ٨٤ وما بعدها — شكرى قرداحى فى الملكية الشائعة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص٢٠٠ وما بعدها — **Vincent** فى الملكية الجماعية والشيوع والأثر الكاشف للقسمة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص٢٨٤ وما بعدها — حامد زكى نحو تنظيم تشريعى للملكية الشائعة فى مصر فى مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٣٣ ص ٣٧٦ وما بعدها وص ٥٠٧ وما بعدها — **Supervielle** فى فكرة الملكية الشائعة فى مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٨ ص١٠٢٥ وما بعدها .

الاقتضاب[1] فى النصوص التى أوردها فى شأن الملكية الشائعة (coproriété, indivision)[2] ، وذلك بالرغم من انتشار الملكية الشائعة فى مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالبا فى الشيوع مدة طويلة . ولا يكاد التقنين المدنى السابق يشتمل على نصوص فى الشيوع ، فيما عدا بعض النصوص التى تبين إجراءات قسمة المال الشائع ، وضعت فى الفصل الخاص بقسمة الشركات . واشتمل تقنين المرافعات السابق على المادة ٦٢١ . وهى لا تجيز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات . وقد عمل القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما عمل القضاء الفرنسى ، على سد هذا النقص . وقنن التقنين المدنى الجديد أحكام القضاء المصرى فى هذا الشأن : وزاد على هذه الأحكام كثيراً من القواعد التى تنظم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها

---

(١) وسبب اقتضاب التقنين المدنى الفرنسى أن هذا التقنين وقف عند الملكية الرومانية ، وهى ملكية فردية يكون فيها مالك واحد له سلطة مطلقة على المال المملوك . فإذا تعدد المالك ، كان هذا أمراً استثنائيا وعابراً مصيره إلى الزوال ، فزوال الشيوع لا بقاؤه هو الأصل فى الملكية الرومانية ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة ملحة إلى تنظيم الشيوع فى حالة البقاء . وهذا بخلاف الشيوع الجرمانى ، أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة (propriété en main commune, Gesammte Hand) ، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يتمتعون بالشخصية المعنوية . فتختلف الملكية الجماعية الجرمانية عن الملكية فى الشيوع ، فى أن المالك فى الشيوع هو شخص واحد ولكنه لا يملك إلا حصة غير مفرزة فى المال الشائع ، فى حين أن المالك فى الملكية الجماعية هو جماعة من الناس ويملكون مجتمعين كل المال . ولا تعتبر الملكية الجماعية الجرمانية أمراً استثنائيا عابراً ، بل هى أمر مستقر ، ولذلك كانت محلا لتنظيم مفصل . أما فى فرنسا فهذه الملكية الجماعية المستقرة تتخذ صورة الشخص المعنوى ، فيخلع على الجماعة التى تملك المال شخصية معنوية تجعلهم شخصا واحداً ، ومن ثم تنقلب الملكية الجماعية إلى ملكية فردية .

انظر فى الملكية الجماعية : Mougin فى المركز القانونى للشركات المجردة من الشخصية المعنوية فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٠ ص ٦٩٧ وما بعدها – Josserand فى الملكية الجماعية فى الكتاب المئوى للتقنين المدنى جزء أول ص ٣٥٧ وما بعدها – Ricol فى الملكية الجماعية رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ – Siesse فى الشيوع الوراثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

(٢) انظر فى وجوه مختلفة للتفرقة بين لفظ copropriété ولفظ indivision مارتى ورينو فقرة ٥٧ ص ٧٣ – والأولى الاحتفاظ بلفظ copropriété (الملكية الشائعة) للشيوع فى حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى ، وإطلاق لفظ indivision (الشيوع) على كل شيوع سواء كان فى حق الملكية أو فى غيره من الحقوق العينية الأخرى (Nerson فى أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Indivision فقرة ٢٩) .

فى مصر . ووقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع حتى يمكن لأغلبية الشركاء أن يتخلصوا من تعنت الأقلية ، وعند التصرف فى المال الشائع ، وعند انقضاء الشيوع بالقسمة[1] .

٥٤١ — تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية — نص قانونى : تنص المادة ٨٢٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع . وتحسب الحصص متساوية ، إذا لم يقم دليل على غير ذلك »[2] .

---

(١) وقد فصلت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كل ذلك فيما يأتى : « أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالى (السابق) يذكر عنها شيئا ، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشار فى مصر . وقد تبسط المشروع فى الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها . فجعل حق المشترى لجزء مفرز من المال الشائع ينتقل – إذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب البائع – إلى ما يؤول إلى البائع بطريق القسمة . ووقف بنوع خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . فبعد أن قرر أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ، فصل هذا المبدأ ، وبين أن ما يستقر عليه رأى من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع يكون ملزما للجميع . وعرض المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة فقصره على المنقول ، حتى لا يتزاحم فى العقار مع الشفعة . وانتقل بعد ذلك إلى انقضاء الشيوع بالقسمة : ففصل إجراءاتها وهى تتفق فى جملتها مع الإجراءات التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) . ونص على الأثر الكاشف للقسمة ، فأزال بذلك التناقض الموجود ما بين التقنين الأهلى والتقنين المختلط . ونص على ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع . وهذه نصوص لا نظير لها فى التقنين الحالى (السابق) . ثم أعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهايأة ، وكلها نصوص جديدة تقنن المبادئ التى استقر عليها القضاء المصرى وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا دون أن تفرز حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية عند الشك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فأصبح رقم النص ٨٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ – ص ٧٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويتبين من هذا النص أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات ، يملكه أكثر من شخص واحد[١] . وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشائعة . فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصا (quote-parts) . دون أن ينقسم المال ذاته[٢] .

ولما كان ملاك المال الشائع (copropriétaires- indivisaires—communistes)

— التقنين المدنى السورى م ٧٨٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦١/١ : إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك .

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى ، إلا أنه حذف عبارة « غير مفرزة حصة كل منهم فيه » ، وكان الأولى إبقاءها) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٢٤ : عندما يكون شىء أو حق ملكا شائعا ومشتركا بين عدة أشخاص ، ينشأ عن ذلك كيان قانونى يسمى شركة ملك أو شبه شركة ، وهى تكون اختيارية أو اضطرارية .

م ٨٢٥ : إذا قام الشك ، عدت أنصبة الشركاء متساوية .

(والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى – انظر فى الملكية الشائعة بوجه عام فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٧٢ – ص ٢٣٥) .

(١) وكما يكون الشيوع فى حق الملكية ، يجوز كذلك أن يكون فى الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . أما الحقوق الشخصية فالأصل فيها أن تنقسم إذا تعدد الدائنون ، ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخصى فى التضامن ما بين الدائنين وفى عدم قابلية الحق للانقسام ، وقد سبق شرح كل ذلك فى نظرية الالتزام .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٦ ص ٢٨٠ – وقد صيغت الملكية الشائعة على غرار الملكية الشائعة فى القانون الرومانى ، وهذه بدورها اتخذت الملكية الفردية أساسا لها . فالملكية الشائعة ، فى ثوبها الرومانى ، لا تعدو أن تكون وصفا (modalité) من أوصاف الملكية الفردية ، فيكون للشريك فى الشيوع حق ملكية كاملة شائعة على حصة معنوية (quote part abstraite) من الشىء المملوك فى الشيوع ، ويحتفظ بحريته فى التصرف فى هذه الحصة (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٣٣ ص ٨٣٢) . وتجتمع ملكية الشريك مع ملكيات شركائه الآخرين فى كل ذرة من ذرات الشىء المملوك فى الشيوع (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٤٤) .

متعددين ، فلابد من تعيين حصة كل منهم في هذا المال بالنصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك . وتتعين حصص الملاك في الشيوع عادة عند بدء الشيوع تبعاً لمصدره ، فإن كان ميراثاً عين القانون حصة كل وارث ؛ وإن كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ؛ وإن كان اتفاقاً تكفل الاتفاق بتعيين حصة كل شريك . وقد لا تتعين الحصص ، كأن يشترى عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ، مادام لم يقم دليل على غير ذلك[1] .

بقى أن نحدد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة . ويحسن في هذا الصدد أن نبين أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية (propriété individuelle) . أو ملكية جماعية (propriéte collective) . فالملكية الفردية هي التي يكون المالك فيها فرداً ، ولو كان هذا الفرد شخصا اعتباريا أي مجموعا من الناس متمتعا بالشخصية الاعتبارية . والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة (propriéte en main commune, Gesammte Hand) . وهي الملكية الجرمانية ، فقد قدمنا[2] أن المالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية . فهل الملكية الشائعة هي حق ملكية ، وإن كانت فهل هي حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟

لا شك في أن الملكية الشائعة هي حق ملكية ، فهي تشتمل على جميع عناصر الملكية ، وللمالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونصوص التقنين المدني صريحة في هذا المعنى . فمن جهة رأينا أن المادة ٨٢٥ مدني ، وهي في صدد التعريف بالملكية الشائعة ، تقول : « إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا .. » ، فهي تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشيء الشائع ، أي أن حقهم فيه هو حق ملكية . ومن جهة أخرى سنرى أن المادة ١/٨٢٦ مدني تجمع بين يدى المالك في الشيوع جميع عناصر

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فإذا لم يكن هناك تحديد ، أو كان هناك شك في التحديد ، حسبت الحصص متساوية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٤ في الهامش .

الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتقول : «كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء»[1].

بقى أن نعرف هل الملكية الشائعة هى حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟ تجيب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على هذا السؤال بما يأتى : «عرفت المادة .. الملكية الشائعة ، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة (الجماعية) . فالحصة التى يملكها الشريك

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الملكية فى الشيوع ليست بحق ملكية ، بل هى حق عينى من نوع خاص (sui generis) انظر فى هذا المعنى Siesse فى الشيوع الوراثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — Ionasco فى الشيوع فى المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — مارتى ورينو فقرة ٥٩ .

ووجه الاعتراض الرئيسى على أن الملكية فى الشيوع هى حق ملكية يتلخص فى أن حق الشريك فى الشيوع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وأن من طبيعة الملكية الاستئثار ، وهنا لا يستأثر الشريك فى الشيوع بالشىء بل يشاركه فيه آخرون . ويمكن دفع هذا الاعتراض بأن الاستئثار هنا أيضاً واقع ، والذى يستأثر بالشىء الشائع هو كل شريك ، ولكن لا فى وجه الشركاء الآخرين ، بل فى وجه الغير ، أى فى وجه كل شخص ليس شريكا فى الشىء الشائع (انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ١٩٨) . وليس حق الشريك فى الشيوع إلا حق ملكية مقيداً بحقوق الشركاء الآخرين (پلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٧٤٨) .

وقد انعقد الإجماع فى الفقه المصرى على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ — شفيق شحاتة فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ — محمد على عرفة فقرة ٢٨٦ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ — إسماعيل غانم فقرة ٨٦ — حسن كيرة فقرة ١٠٤ ص ٣٤١ — ص ٣٤٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص ١٨٦ — ص ١٨٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٢٩ — ص ١٣١ ولكن قارن مقالا له فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ حيث يذهب إلى اعتبار حق الشريك فى الشيوع حق ملكية من نوع خاص هو «ملكية شائعة») .

ويترتب على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية ، أنه إذا خصص هذا الشريك منقولا مملوكا له لخدمة العقار الشائع ، فإن هذا المنقول يصبح عقارا بالتخصيص ، إذ أن الشريك فى العقار الشائع هو مالك لهذا العقار ، فقد توافر بذلك شرط اتحاد المالك (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ٢٠١ هامش ١ ، وقد ناقش فى هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ — وانظر فى أن المنقول يصبح فى هذه الحالة عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ آنفا فقرة ١٤) .

فى الشيوع شائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفرزة . والشيء المملوك فى الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) »[١] .

وإذا كان صحيحا أن الملكية الشائعة هى وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية ، فإنه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هى من طبيعة الملكية المفرزة أو من طبيعة الملكية الجماعية؟ يجب بادئ ذى بدء أن نبرز الفرق واضحا بين طبيعة الملكية الشائعة وطبيعة الملكية الجماعية . فالملكية الجماعية (propriétié collective) هى ملكية مشتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أى واحد منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين – دون أن تكون لهم شخصية معنوية – كل الشيء المملوك . أما الملكية الشائعة فهى ملكية فردية لا ملكية مشتركة ، لأن كل شريك فى الشيوع يملك ملكية فردية حصته فى المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة[٢] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ – ص ٧٩ .

(٢) وإذا كانت الملكية الشائعة تنصب على كل المال الشائع ، فإن حق كل مالك فى الشيوع ينصب على حصته الشائعة . فالحصة الشائعة ، لا كل المال الشائع ، هى محل حق الشريك فى الشيوع . وقد أبرزت محكمة النقض ما للحصة الشائعة من كيان ذاتى يجعلها تتميز عن مجموع المال الشائع ، فقالت : « إنه وإن كانت الملكية الشائعة تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال المشاع ، فإن ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتى ، فتكون فى كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل . ذلك أن الحصة الشائعة ، وإن لم تكن فى العيان متميزة حالا ، فإنها متميزة بالقسمة مآلا ، وبموجب ما للقسمة من أثر رجعى كاشف تكون فى نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فإذا قضى حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى ، مؤسسا ذلك على بطلان عقد البيع الصادر إليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تمليك البائع الأصلى ، فى حين أن هذا البائع كان قد تملك بعد البيع الصادر منه حصة شائعة فى جملة الأطيان يمكن أن تخرج منها الحصة المبيعة ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . إذ أن ما باعه البائع الأصلى وآل أخيراً إلى المدعى ، وإن كان قدراً شائعا فى جملة الأطيان : فإنه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بإبطال البيع الصادر له فى خصوصه . فهو لذلك يختلف عن القدر الشائع الذى تملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع » (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩١) . انظر إسماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٣٠٢ هامش ٢ ، وهو ينتقد الحكم لإعماله الأثر الرجعى فى غير موضعه . –

فالملكية الشائعة لا تشترك إذن فى طبيعتها مع الملكية الجماعية ، بل هى تشترك فى الطبيعة مع الملكية المفرزة ، إذ أن كلا من الملكية الشائعة (propriété indivise) والملكية المفرزة (propriété divise) هى ملكية فردية (propriété individuelle) .

وخلاصة ما قدمناه أن الملكية إما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية إما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شائعة . ومن ثم تكون الملكية الشائعة هى حق ملكية حقيقية ، وهى أحد نوعىْ الملكية الفردية .

٤٨٦ — مصادر الشيوع وأحكامه وأسباب انقضائه — نص قانونى

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدنى على ما يأتى :

« كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء[1] » .

= ونحن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الحكم ، إذ يجب فى نظرنا التمييز ، لا فحسب بين حصة شائعة وحصة شائعة أخرى ، بل أيضاً بين حصة شائعة والجزء المفرز الذى آلت اليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة ، فيحل الجزء المفرز حلو لا عينيا محل الحصة الشائعة فى التصرفات التى وقعت من قبل على الحصة الشائعة (انظر ما يلى فقرة ٥١٣ وفقرة ٥١٤ فى الهامش ، وانظر م ١٠٣٩ / ٢ مدنى) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١/١١٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٨٩٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٨٩٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ – ص ٨٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ١/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦١ /٢ و٣ : ٢ – وكل شريك فى الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم . ٣ – ويجوز للشريك فى الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه . (وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى .) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية الشائعة هي حق ملك تام ، فهي ملكية فردية كما قدمنا ، شأنها في ذلك شأن الملكية المفرزة .

ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية ، التي سنبحثها تفصيلا في الجزء التاسع من الوسيط . وأهم هذه الأسباب ، بالنسبة إلى الملكية الشائعة ، هو الميراث ، فأكثر مايكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين ، فتنتقل إليهم أمواله شائعة . وقد يكون مصدر الشيوع الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون مصدر الشيوع العقد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، أو كما إذا باع مالك الدار نصف داره في الشيوع[1]. وقد يكون مصدر الشيوع أي سبب آخر من من أسباب كسب الملكية ، كالاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم[2] .

= قانون الملكية العقارية اللبناني م٢٣ : يتصرف كل شريك بملء الحرية بحقوقه في العقار ، وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو أن يجرى عليه تأمينا ، بدون إذن من شركائه بالشيوع . ولكن لايحق له أن يرهن حصته . هذا وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وتجرى على الوجه الآتي : لكل شريك حصة شائعة في ملكية الشيء المشترك وفي منتجاته ، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة أو يتفرغ عنها أو يرهنها ، وأن ينيب غيره عنه في التمتع بها ، وأن يتصرف فيها على أي وجه آخر ، سواء أكان ببدل أم بلا بدل ، إلا إذا كان لايملك سوى حق مختص بشخصه . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وإذا كان العقد شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ، فما دامت هذه الشخصية المعنوية قائمة فالمال غير شائع وهو مملوك ملكية مفرزة للشركة . فإذا انحلت الشركة وصفيت ، أصبحت أموالها مملوكة على الشيوع للشركاء .

ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوع عن الشخصية المعنوية ، فإذا كان المال شائعا بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة في المال ، أما إذا كان المال مملوكا لشخص معنوى كشركة فالمال كله مملوك لهذا الشخص المعنوى ، وليس لأحد من الشركاء في الشركة حق عيني فيه . كذلك يجب تمييز الشيوع عن تقابل حقين مختلفين في الشيء الواحد ، فقد تكون رقبة الشيء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر ، فلا يعتبر مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع في شيوع فيما بينهما ، لأن لكل منهما حقا يختلف عن الحق الذي للآخر .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ومصدر الشيوع قد يكون العقد ، كما إذا اشترى شخصان مالا على الشيوع . وقد يكون الوصية ، كما إذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وأكثر الأسباب انتشاراً هو الميراث فإن الورثة تتوزع حصصهم شائعة في التركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

أما أحكام الشيوع ، فمنها ما يشترك فيه مع الملكية المفرزة ، وهذه قد سبق بيانها . وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك على ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف ، فالمالك على الشيوع ، كما يقول النص سالف الذكر ، « يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد : « الملكية فى الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . إلا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين ، فالمالك فى الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . أما حق المالك المشتاع فى التصرف فكحق المالك ملكية مفرزة . على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها ،

= وفيما يتعلق بكسب الملكية الشائعة بالتقادم ، قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد ، ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيبا فى ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ، ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقارا وحازوه شائعا بينهم ، جاعلين لكل منهم حصته فيه ، جاز أن يتملكوه بالتقادم ، سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ١٩٣) – وانظر فى إمكان استئثار أحد الشركاء فى الشيوع بحيازة المال كله فى مواجهة باقى الشركاء ، وتملكه إياه بالتقادم إذا لم يشب الغموض حيازة الشريك : استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ – وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه ليس فى القانون ما يحرم على وارث أن يتملك بالتقادم نصيب الوارثين معه ، فهو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٧ ص ٤٤٥) . على أن حكما لمحكمة استئناف مصر ذهب إلى أن وضع يد الوارث على عين مشتركة بينه وبين بقية الورثة يحصل منه بصفته شريكا فى العين على الشيوع لا متملكا لها ، بما أن المالك فى الشيوع يملك فى كل جزئية من جزئيات العين المشتركة ، أو هو على الأقل وضع يد غامض ومن أركان وضع اليد للتملك أن يكون غير غامض . فوضع يد الوارث أو أى شريك على الشيوع ، مهما بلغت مدته ، غير مكسب للملكية (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠) . وانظر فى هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢٩١ – إسماعيل غانم فقرة ٦٦ .

ولأن يرهنها رهنا رسمياً أو رهن حيازة(١) . ومن ذلك نرى أن المال الشائع كالمال المفرز ، يباشر عليه المالك في الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف (٢). ولكنه يختلف عن المال المفرز في أن حق المالك في الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء . ومن هنا هو ما يعطى المال الشائع أحكاما خاصة به ، في إدارته لاستعماله واستغلاله ، وفي التصرف فيه .

بقيت أسباب انقضاء الشيوع . والشيوع يكون عادة حالة موقتة مصيرها إلى الانقضاء والزوال ، وإن كانت تدوم في بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيراً في مصر. وينقضى الشيوع بأسباب مختلفة . نذكر منها العقد المنهى للملكية ، فقد يبيع أحد المالكين في الشيوع حصته الشائعة للمالك الآخر ، أو يبيع المالكان معاً المال الشائع لمشتر واحد ، فينقضى الشيوع ، وتصبح الملكية مفرزة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى ، وفي يد المشترى للمال الشائع في الحالة الثانية . وقد يكون الميراث سببا لانقضاء الشيوع : بأن يرث أحد المالكين في الشيوع المالك الآخر . والوصية كالميراث قد ينقضى بها الشيوع ، بأن يوصى أحد المالكين في الشيوع للمالك الآخر بحصته الشائعة(٣) . ولكن هذه الأسباب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١ .

(٢) والمادة ٨٢٦ مدنى تقول ، كما رأينا ، إن الشريك في الشيوع إنما يستعمل ويستغل ويتصرف في حصته الشائعة . وقد أخذ على صياغة النص « أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشيء الشائع ذاته ، لا على الحصة الشائعة فيه » (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٥ هامش ١) . وإذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة إلا تجوزا ويكون معناه الانتفاع ، فإن الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشيء الشائع . وإنما أريد ، في نص المادة ٨٢٦ مدنى ، أن يبرز ما للشريك في الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة ، بما تشتمل عليه هذه الملكية من عناصرها الثلاث ، التصرف والاستغلال والاستعمال .

(٣) وقد ينقضى الشيوع بالتقادم المكسب ، بأن يحوز أحد الشريكين المال الشائع كله على أنه ملكه وحده فيكسبه بالتقادم . وهنا يجب التحرز من عيب الغموض ، فإن الشريك إذا حاز المال الشائع قد يكون نائبا عن شريكه الآخر ، ولذلك يجب أن تظهر نية الاستئثار بالشيء عند الشريك واضع اليد (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٩٧ ص ٤٤٥ – ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ – استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ – ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ – ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ – شبين الكوم الكلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٦٧ ص ٧٠١ – عكس ذلك استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٧ ص ٤٠ – وانظر آنفا نفس الفقرة في الهامش) .

كلها أسباب عارضة ، ولا يقصد منها فى الأصل إنهاء الشيوع ، وإن انقضى الشيوع بها فعلا . أما السبب الرئيسى لانقضاء الشيوع ، السبب الذى يقصد به أصلا ومباشرة إنهاء هذه الحالة ، فهو القسمة[1] . لذلك نقف من أسباب انقضاء الشيوع عند القسمة دون غيرها .

ومن ثم يخلص لنا ، كأحكام تختص بها الملكية الشائعة ، الموضوعات الآتية : (١) إدارة المال الشائع . (٢) التصرف فى المال الشائع . (٣) قسمة المال الشائع .

الفرع الأول

إدارة المال الشائع

٤٨٧ — الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة : رأينا[2] أن التقنين المدنى وقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع ، حتى يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . وقد ميز التقنين المدنى ، فى هذا الصدد ، بين أعمال الإدارة المعتادة والأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

المبحث الثانى

الإدارة المعتادة

٤٨٨ — حفظ المال الشائع — نص قانونى : تنص المادة ٨٣٠ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ

---

(١) وتنص المادة ٨٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : إن شركة الملك أو شبه الشركة تنتهى : أولا — بهلاك جميع الملك المشترك . ثانيا — بتفرغ الشركاء عن حصصهم لأحدهم أو بتركها له . ثالثا — بالقسمة » .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٤ .

الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء »[1] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك ، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة . والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله »[2].

فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفرداً دون حاجة إلى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالا مادية . مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه إذا احتاج إلى ترميم ، وتحويطه بسياج أو بسور إذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته إذا كان هذا السند فى حاجة إلى التسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف . وقد تكون تصرفات قانونية أو اتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطع التقادم إذا كان المال الشائع فى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٠ – ص ٩١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (انظر استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٦ (مطابق) .

م ١٠٦٨ : ١ – إذا احتاج الملك الشائع إلى مرمة أو عمارة ، يعمره أصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ – وإذا كان بعض الشركاء غائبا ، أو أبى بعضهم الترميم أو التعمير ورغب بعضهم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالترميم أو التعمير بإذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم .

م ١٠٦٩ : إذا انهدمت العين الشائعة كليا وأراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على العمارة .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣١ : يجب على كل شريك أن يسهر على صيانة الشيء المشترك ، كما يسهر على أشيائه الخاصة .

(والتقنين اللبنانى أورد فى صورة التزام ما أورده التقنين المصرى فى صورة حق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥ .

حيازة أجنبي بنية تملكه بالتقادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة إذا كان هناك وجه لذلك ، ورفع دعوى الاستحقاق إذا كان المال الشائع فى يد مغتصب أو فى يد أى حائز آخر ، ودعوى تعيين الحدود إذا قامت الحاجة إلى تعيين حدود المال الشائع ، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذاً جبريا .

والشريك فى الشيوع ، فى قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم ، يعتبر أصيلا عن نفسه . ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، إذا لم يعترض أحد منهم على عمله ، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة . فإذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة إليهم ، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (م ١٨٩ مدنى) ، فيرجع الشريك بدعوى الفضالة[1]. أما إذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب . وهناك رأى يقول بأن الشريك يعتبر فى جميع هذه الأحوال نائبا عن شركائه نيابة قانونية فى القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائما بدعوى النيابة[2] .

---

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٥ - محمد على عرفة فقرة ٢٩٧

(٢) شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ١٦٨ وهامش ٢ - عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢١ ص ١٥١ هامش ١ - حسن كيرة فقرة ١٠٨ ص ٣٥٧ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ - وقرب منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هامش ٢ .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يضيق بما إذا كانت أعمال الحفظ أعمالا مادية : فإن النيابة لا تكون إلا فى التصرفات القانونية (انظر إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ١) - وهناك رأى يذهب إلى تأسيس المادة ٨٣٠ مدنى على مجرد أن للشريك حقا يرد على الشىء كله يخوله القيام بكل الأعمال التى لا تمس حقوق الشركاء الآخرين (إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ١ - وانظر فى الرد على هذا الرأى منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هامش ٢) .

وقد جرى القضاء الفرنسى على افتراض وكالة ضمنية لأن الأعمال التى يقوم بها الشريك تتمحض لمصلحة جميع الشركاء ، أو على تطبيق قواعد الفضالة (نقض فرنسى ١٠ أبريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ - ١ - ١٨٣ - باريس أول فبراير سنة ١٩١٠ تحت حكم محكمة النقض فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ - ١ - ٣٧٧ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٤) .

٤٨٩ — نفقات الحفظ والإدارة وسائر التكاليف — نص قانونى :

تنص المادة ٨٣١ مدنى على ما يأتى :

« نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان ينتهى بالعبارة الآتية : « ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته فى المال الشائع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٠٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حبذ رئيس اللجنة فكرة التخلص أو التخلى بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التى يذهب إليها هذا النصيب مخافة أن يعتبر سائبة ، وخشية من أنه إذا حرم المالك على الشيوع من حق التخلى لجأ الشركاء إلى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه . وعورضت الفكرة برأى آخر ذهب إلى أن النفقات الإدارية لا يمكن أن تصل إلى أكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل الشريك يتخلى عن ملكه . ورأت اللجنة بعد المناقشة حذف العبارة الأخيرة من النص ، على أساس أن فكرة التخلص من التزام متعلق بعين عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق ، ولكن إجراء حكمها من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٨٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٢ – ص ٩٤)

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فكان معمولا به (استئناف وطنى ٤ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٩ ص ٩٣ – استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٠ – ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩١ – ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٧ (مطابق فيما عدا خلو التقنين العراقى من العبارة الأخيرة فى النص المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٢ : يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشىء المشترك وإبقائه صالحا للاستعمال الذى أعد له – على أن كلا منهم يستطيع أن يكون فى حل من هذا الواجب : أولا – ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوع للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانيا – بأن يترك للشريك المشار إليه حق التمتع بالشىء المشترك مع منتجاته إلى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء . =

وليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فكل الشركاء فى الشيوع ملاك للمال الشائع كما قدمنا ، فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه . ومن ثم تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات حفظ المال الشائع ، وهى النفقات التى صرفت فى صيانته وترميمه ، أو تسجيل سنده ، أو تحويطه بسور ، أو جنى ثماره قبل التلف ، أو قطع التقادم ، أو تعيين الحدود ، أو مصروفات الدعاوى التى رفعت لحفظ المال الشائع ، أو غير ذلك من نفقات الحفظ التى سبق ذكرها . كذلك تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات إدارة المال الشائع ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع كنفقة إصلاح الحائط المشترك أو تجديده (م ٢/٨١٤ مدنى) ، أو المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها[1] . وكل ذلك مالم يتفق الشركاء على نسبة أخرى ، فتقل مثلا بالاتفاق حصة الشريك القائم بالإدارة فى النفقات فى نظير قيامه بالإدارة . وكل ذلك أيضاً مالم يوجد نص يقضى بغيره ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعلية الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته .

والرجوع على الشركاء فى الشيوع ، كل بقدر حصته ، يكون كما قدمنا

= ثالثا – بطلب القسمة إذ كانت مستطاعة – أما إذا كانت النفقة قد دفعت ، فيلزم الشركاء بها على على نسب حصصهم .

م ٨٣٣ : كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الإدارة والاستثمار – ويعين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته فى ذلك الشيء .

م ٨٣٤ : إن النفقات النافعة والنفقات الكمالية التى يقوم بها أحد الشركاء لا تخوله الحق فى مطالبة شركائه بشىء منها ، إلا إذا كانوا قد أجازوا له إنفاقها صراحة أو ضمنا .

وانظر أيضاً المادة ٢٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ، وقد نسخت بالمواد السابقة .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن دفع الشريك فى الشيوع الدين الذى له رهن على العقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام أحد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع ، فيجب أن توزع النفقات قانونا على الشركاء بنسبة حصصهم فى العقار جميعه (استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧١ ص ٣٣٩) .

بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب[١] .

ويجوز لأى من الشركاء، التخلص من دفع حصته فى النفقات والتكاليف، أن يتخلى عن حصته فى المال الشائع[٢] ، وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أى التزام عينى وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين (obligation réelle obligation propter rem) . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن نصا صريحا فى هذا المعنى ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد العامة[٣]. ويترتب على تخلى الشريك عن حصته (abandon) أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركاء ، كل بقدر نصيبه فى المال الشائع . وفى هذه الحالة يتحمل باقى الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديدة أى بعد إضافة حصة الشريك المتخلى إلى حصصهم[٤] .

٤٩٠ – المبدأ العام فى إدارة المال الشائع – نص قانونى : تنص المادة ٨٢٧ مدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعتبر المبالغ التى يقترضها أحد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال شائع مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعا ، فيتعين الحكم بصحة الحجز الذى يوقعه المقرض على المحصولات المشتركة قبل جنيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن الشريك يقوم مقام شريكه الآخر بالنسبة إلى مخالفات اللوائح الصحية وغير الصحية التى تقع من أحدهما فى إدارة العين المشتركة، بشرط ألا يثبت أن الشريك المحكوم عليه فى مثل هذه المخالفات قد تعمد ارتكابها أو أهمل عمداً فى دفعها إضرارا بشريكه الآخر (الإسكندرية الوطنية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧٤ ص ١٠٩٣) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٨٢ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٢٩١ – وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦١ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٨٠٧ هامش ١ .

(٤) وهى نفس النسبة قبل إضافة حصة الشريك المتخلى . هذا ويجب تسجيل سند التخلية إذا كان المال الشائع عقارا (شفيق شحاتة فقرة ١٤٨ ص ١٧٠ هامش ٢ – محمد على عرفة فقرة ٢٩٨ ص ٣٩٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٢ ص ١٥٢ – إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) . ويتخلص المتخلى بتخليه عن حصته من الالتزامات التى نشأت قبل التخلى أو بعده (بنكاز ملحق بودرى ٥ فقرة ٢٠٣ – إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠) ، بشرط أن تكون ناشئة عن الشيوع . فإذا كانت مسئولية المتخلى قد نشأت عن خطأ ارتكبه ، كأن أتلف المال الشائع ، فالتخلى لا يعفيه من المسئولية (إسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) .

« تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك »[1] .

ويخلص من هذا النص أن إدارة المال الشائع هو . فى الأصل ، من حق الشركاء فى الشيوع مجتمعين ، لا ينفرد به أحد منهم . ذلك لأن لكل شريك حقاً فى المال الشائع يماثل فى طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فإذا استقل أحدهم بإدارة المال الشائع كان فى هذا اعتداء على حقوق باقى الشركاء ؛ فلابد إذن من إجماعهم ، ليقرروا على أى وجه تكون إدارة المال الشائع ؛

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٣ – ص ٨٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٦٤ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٢٦ : كل شريك يمكن أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق ، بشرط ألا يستعمله على وجه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها ، أو يناقض مصلحة الشركة ، أو على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم .

م ٨٢٧ : لا يجوز لشريك أن يحدث تغييراً فى الشيء المشترك بلا رضاء شركائه الصريح أو الضمنى – فإن لم تراع أحكام الفقرة السابقة تطبق القواعد الآتية : أولا : تجرى القسمة عندما يكون الشيء قابلا للتجزئة . وإذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعا فى حصة الشريك الذى أحدثه ، فلا سبيل لأى منهم إلى الاعتراض . أما إذا كان التغيير واقعا فى حصة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك أن يختار إما أداء بدل التغيير وإما إجبار شريكه على إرجاع الشيء إلى حالته الأصلية . ثانيا – عندما يكون الشيء غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء أن يجبروا محدث التغيير على إعادة الشيء إلى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة ، مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء .

م ٨٢٨ : عندما يكون الشيء بطبيعته غير قابل للتجزئة ، لا يحق للشريك أن يأخذ إلا ما يناسب حصته من منتجاته . ويجب أن يتجر لحساب الشركاء جميعا ، ولو عارض فى ذلك أحدهم .

م ٨٢٩ : يجب على كل شريك أن يقدم لشركائه حسابا عن كل ما استلمه زيادة على حصته فى منتجات الشيء المشترك .

وانظر أيضاً المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

هذا هو الأصل ، ولكن ترد عليه استثناءات هامة : ترجع إلى تعذر الإجماع فى أغلب الأحوال . ومن ثم نظم التقنين المدنى الجديد هذه المسألة تنظيما مفصلا ، واجه به العقبات العملية التى تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع ، مراعياً ما عسى أن يتفق عليه الشركاء فى شأن إدارة هذا المال . وقد كان التقنين المدنى السابق خلوا من هذا التنظيم ، فجهد القضاء فى سد هذا النقص ولكن على وجه غير كامل أمام سكوت التشريع .

والغرض الذى يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم . فهم ملاك لهذا المال . ولكل مالك حق استعمال الشىء واستغلاله .

فإذا أمكن لكل منهم الاستئثار باستعمال الشىء الشائع ، كان له ذلك . فإذا كان هناك مثلا ترعة خاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع ، جاز لأى من الشركاء أن ينتفع بالمال الشائع . فيأخذ من الترعة أو البئر الماء الذى يروى به أرضه ، ويرسل الماء الذى يتبقى بعد الرى إلى المصرف الخاص . كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يصيد السمك فى بركة شائعة أو يصيد الطير فى أرض شائعة ، مع تنظيم يتفق عليه الشركاء يجعل حق كل منهم فى الصيد لا يتعارض مع حقوق الآخرين[1] .

كذلك يجوز لكل من الشركاء ، كما قدمنا[2] ، أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، لمواجهة اعتداء من يعتدى على حيازته لحصته الشائعة ، دون حاجة إلى أن يشترك معه فى ذلك سائر الشركاء المشتاعين[3] .

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) وإذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع ، وتوافرت فى الحيازة شروطها : كان للشريك منع الاعتداء على حيازته بدعاوى الحيازة ، حتى لو كان هذا الاعتداء صادرا من الشركاء الآخرين (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٢٣ ص١٠١٧ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ – ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٢ ص ٣٦١ – ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٦ رقم ٢٠٨ ص ١٥٢٢) . وانظر محمد على عرفة فقرة ٢٩٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٢ – إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ .

وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسترد بها حصته الشائعة من يد الغير . ويقصر الدعوى فى هذه الحالة على حصته الشائعة فلا يحتاج إلى أن يشترك معه باقى الشركاء[1] .

على أن كل ما قدمناه ليس فى الصميم من أعمال الإدارة ، بل هى أعمال جانبية قل أن تعرض فى العمل . أما أعمال الإدارة الرئيسية التى تقع كثيراً فى العمل ، وتهدف إلى الانتفاع بالمال الشائع واستثماره ، بإيجار الدار أو سكناها وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها ، فهذه تقتضى فى الأصل إجماع الشركاء المشتاعين ، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء . فيمكن مثلا أن يجمع الشركاء على إيجار الدار أو الأرض ، وأن يتفقوا جميعا على شروط الإيجار وعلى المستأجر . فإن تم ذلك ، جرت إدارة المال الشائع على هذا الوجه بإجماع الشركاء[2] .

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ – ٦٤٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .

(٢) فإذا أجر جميع الشركاء فى الشيوع المال الشائع لأجنبى أو لواحد منهم ، نفذت الإجارة فى حقهم جميعا لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات . وكذلك الحكم لو أجرها واحد أو أكثر أصلاء عن أنفسهم ووكلاء عن الباقين ، أو أجرها وكيل عنهم جميعا (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٥٩) .

وكان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، تيسيراً لإدارة المال الشائع ، يقضى بأنه إذا أجر الشريك حصته ، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها ، فلا يقبل من الشريك الآخر أن يدعى حصول تعرض له فى وضع يده من المستأجر ، أو أن يطلب استرداد حيازته منه ، فإن النزاع فى هذه الصورة لا يكون إلا على طريقة الانتفاع ، وهذا محله دعوى محاسبة أو قسمة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٢) . وقضى أيضاً بأنه إذا كان أحد الشركاء على الشيوع واضعا يده على جزء معين تسهيلا لطريقة الانتفاع ، فهو يمتلك فى هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقى مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له فى الحقوق على الأرض ، بل كل ما له – إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو أراد العدول عنها – أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، فى سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه فى اتخاذ مايراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه متى كان للعين المشتركة ريع ، فلا محل مطلقا لاستئثار أحد الشركاء بالانتفاع بالريع دون باقى الشركاء حتى يفصل فى دعوى الحساب التى قد تستغرق زمناً طويلا . =

ولكن قل أن يتيسر ذلك فى العمل ، لاختلاف مشارب الشركاء ، وتفاوت أغراضهم ، وتنوع اتجاهاتهم . فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون ، وقد تريد أغلبيتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية[1] .

لم يبق لمواجهة هذا الوضع الغالب إلا أحد أمرين : (١) إما أن يقسم الشركاء المال الشائع بينهم ، ماداموا فى الشيوع ، قسمة مهايأة زمانية أومكانية ، فيتيسر لكل منهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع مدة من الزمن ، أو بجزء مفرز منه كل الزمن . وهذا يقتضى البقاء على الأصل واشتراط الإجماع ، فلا تجوز قسمة المهايأة إلا بإجماع الشركاء المشتاعين . (٢) أو أن يدير الشركاء المال الشائع بطرق الإدارة المختلفة كالإيجار ، ولكن لما كان الإجماع متعذراً فإن الأغلبية تكفى خروجا على الأصل . وفى هذه الحالة يكفل القانون للأقلية الضمانات الكافية ، حتى لا تتحكم فيها الأغلبية .

فنستعرض إذن فيما يأتى : (أولا) قسمة المهايأة . (ثانيا) تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع .

٤٩١ — أولا — قسمة المهايأة — نصوص قانونية : تنص المادة ٨٤٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين.

= كذلك لا مبرر لإيداع الريع فى خزائن الحكومة لما يترتب على ذلك من حرمان الناس من أموالهم ، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضى ذلك . ومن ثم فإن العدالة تقتضى صرف صافى ريع العين للشركاء بمجرد تحصيله ، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء فى الانتفاع بأموالهم فى هذه الحالة إلا بتحديد نفقة لكل شريك يقدرها القاضى حسب ظروف الدعوى (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٨ ص ٤٤٧) .

(١) وقد ذلل التقنين المدنى العراقى بعض هذه العقبات بنصه فى المادة ١٠٦٣ منه على ما يأتى : « ١ – يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . ٢ – ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فإذا انتفع بالعين كلها فى سكنى أو مزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا إذن شركائه ، وجب عليه لهم أجر المثل ، على أنه إذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطى كل شريك حصته من الأجرة المسماة » .

فإذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد » ؟

« ٢ – وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة » .

وتنص المادة ٨٤٧ مدنى على ما يأتى :

« تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » .

وتنص المادة ٨٤٨ مدنى على ما يأتى :

« تخضع قسمة المهايأة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

وتنص المادة ٨٤٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للشركاء أن يتفقوا ، أثناء إجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية » .

« ٢ – فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٤٦ : ورد هذا النص فى المواد ١٢١٤ – ١٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٢١٤ – فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء . م ١٢١٥ – ١ – لا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين . ٢ – فإذا لم تشترط لها مدة ، حسبت مدتها سنة واحدة ، تتجدد إذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد . م ١٢١٦ – إذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وفى لجنة المراجعة أدمجت المواد الثلاث فى مادة واحدة من فقرتين ، –

— مع تعديلات لفظية طفيفة ، تحت رقم ٩١٧ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أضيفت العبارة الآتية في آخر الفقرة الثانية : « وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل تحت رقم ٩١٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشترط لها مدة » الواردة في الفقرة الأولى . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فإذا لم تشترط لها مدة » ، لأن النص وضع حكماً لحالة عدم اشتراط مدة ، ولا تختلف عن ذلك حالة انتهاء المدة المتفق عليها دون اتفاق جديد » . وقيل بالنسبة إلى الفقرة الثانية التي تقضي باعتبار قسمة المهايأة قسمة نهائية إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، إن هذا الحكم جاء على خلاف القواعد العامة ، وتتحقق النتائج العملية له بالاتفاق أو هذا النزاع بحكم ، ويتبع في أيهما إجراءات الشهر العقاري » . وقد وافقت اللجنة على الفقرة الثانية المذكورة ، على أن يكون مفهوماً أن الجزء الذي يتملك هو المقسوم قسمة مهايأة فقط ، أما الباقي من النصيب على الشيوع فيبقى في الشيوع . وانتهى النص بذلك إلى أن أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٤٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٠ — ص ١٣٢) .

م ٨٤٧ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٨ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٤ — ص ١٣٥) .

م ٨٤٨ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٨ من المشروع التمهيدي ، وكانت هذه المادة تنقسم إلى فقرتين ، خصصت الفقرة الثانية منهما للإثبات ، فجاءت على الوجه الآتي : « ويجوز إثباتها بكل الطرق ، إلا أنه إذا لم تكن ثابتة بالكتابة أو ما يعادلها ، اعتبرت غير محددة المدة » . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٩١٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لمخالفتها للقواعد العامة للإثبات في غير حاجة ، وأضيفت إلى الفقرة الأولى عبارة « وطرق الإثبات » ، وبهذا أصبح الأصل في هذه الطرق خضوعها للقواعد الخاصة بإثبات الإيجار إلا إذا تعارضت مع طبيعة قسمة المهايأة ، وقد روعي في هذا التعديل التمكين لاستقرار المعاملات . وصار النص ، ورقمه ٨٤٨ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٥ — ص ١٣٧) .

م ٨٤٩ : ورد هذا النص في المادة ١٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٧ — ص ١٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء كان يجري على كثير من هذه الأحكام (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٣٨) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : —

ويخلص من هذه النصوص أن قسمة المهايأة إما أن تكون مهايأة مكانية ، أو مهايأة زمانية . وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فإن أحكام عقد الإيجار كقاعدة عامة تسرى عليها . وهناك مهايأة تسبق القسمة النهائية ، تختص ببعض الأحكام .

٤٩٢ — المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية : كثيراً ما يتفق الشركاء فى الشيوع ، تخلصا من مشاكل إدارة المال الشائع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات ، على قسمة المهايأة لمدة معينة . فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك . ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته فى المال الشائع . وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز ما لامفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به . فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها ، وأن يزرع الأرض على ذمته أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة . وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره . ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التى حصل عليها ، فى

= التقنين المدنى السورى م ٨٠٠ – ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٠ – ٨٥٣ (مطابق ، فيما عدا المادة ٨٥٠ من التقنين الليبى فهى مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين المصرى ، وقد حذفت الفقرة الثانية فى التقنين الليبى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٨ – ١٠٧٩ (موافق ولم ينقل التقنين العراقى الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من التقنين المصرى) .

م ١٠٨٠ : إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة فى المنقول ، ولم يطلب أحدهم إزالة الشيوع ، فللشريك الذى يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لإجرائها . (وهنا يجعل التقنين العراقى ، خلافا للتقنين المصرى ، قسمة المهايأة فى المنقول ، دون العقار ، قسمة قضائية يكفى أن يطلبها أحد الشركاء حتى تقوم محكمة الصلح بإجرائها ، دون حاجة إلى اتفاق جميع الشركاء) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى : م ٨٣٠ : يجوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم على انفراد بالشىء أو بالحق المشترك على طريقة المناوبة — وفى هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف فى حقه الخاص الذى يتمتع به بحالة المدة المعينة لهذا التمتع . سواء أكان بدلا ... حينئذ أن يقدم لشركائه حسابا عما استوفاه — غير أنه لا يستطيع أن يأتى أمراً من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتى نوبتهم فى التمتع .

(والقانون اللبنانى يعرض للمهايأة الزمانية دون المهايأة المكانية) .

مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء حتى ما يختص به هذا الشريك . وهذه هي المهايأة المكانية . ولا يجوز الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات ، فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقصت إلى خمس . ذلك أن المهايأة المكانية ، وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، تبقيه شائعاً من حيث الملكية . فيبقى الشيوع قائماً مادامت المهايأة المكانية ، ولا يجبر شريك على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات كما سنرى(١) . ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يجبر الشريك على البقاء في الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك . فإذا انقضت المدة المتفق عليها ، جاز تجديدها مدة ثانية فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات . أما إذا لم يحصل اتفاق على المدة ، أو انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مدة أخرى مع استبقاء المهايأة ، فإن المدة تكون سنة واحدة في الحالتين ، تتجدد سنة ثانية فثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في تجديد المهايأة ، ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل . ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي (م ٣٥) يحتم أن تكون مدة إيجار الأراضي الزراعية لا تقل عن ثلاث سنوات ، ولكن المهايأة لا تخضع لهذا الحكم . فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات . وقد تتجدد لسنة واحدة ، وذلك لانعدام حكمة النص إذا طبق على عقد المهايأة(٢) .

والذي يقع في العمل أن المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة ، فتتجدد من مدة إلى أخرى ، وكثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر . ومهايأة مكانية تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهائها ، لأكبر دليل على أن هذه المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع ، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا إلى التعامل على أساسها . لذلك استحدث التقنين المدني الجديد حكماً في هذا الصدد فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدني كما رأينا على ما يأتي : « وإذا دامت

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٣٧ .
(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٣ .

هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة » . فوضع النص بذلك قاعدتين هامتين : (القاعدة الأولى) أنه إذا حاز شريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض فرضا قابلا لإثبات العكس[1] أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهايأة سبق إبرامها بين الشركاء . وهذه القاعدة ذات طابع عملي واضح ، فكثيراً ما يصعب الاهتداء ، بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز ، إلى ما يثبت سبق حصول قسمة مهايأة . فذلل النص هذه الصعوبة العملية ، وفرض وجود هذه القسمة ، فأعفى الشريك بذلك من هذا الإثبات الشاق . وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول إلا الأجزاء المفرزة التي حازها الشركاء ، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع[2] . (والقاعدة الثانية) أنه متى حاز الشريك جزءاً مفرزاً يعادل حصته في المال الشائع مدة خمس عشرة ، وكان هناك ، أو افترض أن هناك ، قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها ، فإن قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس العشرة سنة إلى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تبرير هذا الحكم ما يأتي : « وتنقلب المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية دون أثر رجعي إذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك . وهذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره . فإن المهايأة المكانية ، التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في إنهائها ، هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا إليها . وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة واطمأنوا إلى نتائجها ، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن

---

(١) وذلك تطبيقا للمادة ٤٠٤ مدنى التي تقضى بان القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك (انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٨ - وانظر عكس ذلك وأن هذه القرينة القانونية لا تقبل إثبات العكس محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ ص ٤٥٦) .

(٢) انظر ما دار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ .

قسمة المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية »[1] . فإذا تمت خمس عشرة سنة والمهايأة المكانية لا تزال قائمة لم يرغب أحد فى إنهائها ، ولم يتفق مقدما على أنها تبقى دائما مهايأة مكانية دون أن تنقلب إلى قسمة نهائية ، فإنه بتمام هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قسمة نهائية بحكم القانون[2] . ولما كانت هذه القسمة النهائية لابد من تسجيلها . شأنها فى ذلك شأن أية قسمة أخرى ولو أنها تتم بحكم القانون ، فلابد من كتابة ورقة مثبتة لها . فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة . سجلت باعتبارها قسمة نهائية . ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء خمس العشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب إلى قسمة نهائية ، «دون أثر رجعى» ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف[3] ، فهى ككل قسمة لها هذا الأثر . وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التى تعد للتسجيل ، جاز لأى شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة ، وتقضى المحكمة بثبوت القسمة النهائية ، ويكون تاريخ القسمة هنا أيضاً هو اليوم التالى لانقضاء خمس

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٢) وبديهى أنه ليس من الضرورى أن يضع الشريك يده على الجزء المفرز بنية أنه ملكه بموجب قسمة نهائية ، بل يكفى أن يضع يده كشريك متهايئ مهايأة مكانية ، فلسنا هنا فى صدد التملك بالتقادم المكسب (محمد على عرفة فقرة ٣٩٩ ص ٤٥٦) .

وإذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ، وجب فى إبرام عقد المهايأة المكانية أن ينوب عنه وليه أو وصيه أو القيم ، فإذا بقى غير كامل الأهلية عند انقضاء خمس العشرة سنة ، فلا تنقلب المهايأة إلى قسمة نهائية إلا بعد اتباع الإجراءات الواجب مراعاتها فى حالة غير كامل الأهلية (م ٨٣٥ مدنى) . انظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٤٤ – محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ – وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

هذا ولا تنقض هذه القسمة بسبب الغبن كما تنقض القسمة الحاصلة بطريق التراضى ، لأن الأولى قسمة تتم بحكم القانون (إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

(٣) عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٤ ص ١٤٣ هامش ١ – وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ ص ٤٥٦ .

العشرة سنة ، لا يوم ابتداء المهايأة المكانية ، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم(١) .

وقد تكون المهايأة مهايأة زمانية « بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته »(٢) . فلو كانت هناك أرض زراعيه أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا . ولم ينظم القانون مدة المهايأة الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، فتسرى القواعد العامة . ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب فى الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءان ، بشرط ألا يؤدى هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنين . وتنتهى المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها ، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضى .

ولا تنقلب المهايأة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائى بالنسبة إليها . لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية . فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة ، فهى كالقسمة النهائية إلا فى أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك . أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الانتفاع به ، فهى لا تهيئ للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها .

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ – وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ وهامش ٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ . وانظر مادار فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ .

(٢) وقد قضت المحكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينة لرى والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها فى عقد الشركة ، ثم عدلا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى . ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال ولم يوفقا إلى طريقة ما ، فاضطر أحدهما إلى استغلالها بطريق المهايأة الزمنية ، إذ كانت هذه هى الطريقة الوحيدة الممكنة . فإنه لا يكون هناك حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها . ويجوز إثبات حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٨٩ – ص ٦٩٠) .

٤٩٣ – تكييف قسمة المهايأة – تطبيق قواعد الإيجار : وكما يمكن تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها إيجار ، ففي المهايأة المكانية « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء » (م ١/٨٤٦ مدنى) . فهى إذن منفعة فى مقابل منفعة ، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة هذا الجزء ، فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى . وفى المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل الشريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى منفعة المال الشائع ، فى مقابل حصول شركائه . كل فى نوبته ، على نصيبه هو فى منفعة هذا المال . فالمهايأة إذن ، بنوعيها ، هى مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجارا إذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الإيجار ، كما يكون الثمن فى البيع ، نقدا[1] .

ومن أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار . فنصت المادة ٨٤٨ مدنى كما رأينا على أن « تخضع قسمة المهايأة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » . ولما كان كل شريك من الشركاء فى الشيوع ، فى التكييف الذى قدمناه ، يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجر لمنفعة حصص الباقى من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك فى المهايأة بنوعيها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهى هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى فى الاستئجار إذ هو يعتبر فى المهايأة من أعمال الإدارة[2] . كذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير ،

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ١٢٤ .

(٢) حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ١ – إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ هامش ١ – وانظر فى أهلية المؤجر وأهلية المستأجر والولاية فى كل منهما الوسيط ٦ فقرة ٧٥ – فقرة ٩٦ . ومن ثم لا يجوز للوصى أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة ، وإذا عقد المهايأة لمدة أطول انقضت المدة إلى ثلاث سنوات (محمد على عرفة فقرة ٣٤١ ص ٤٥٧ – إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦) .

كمشتر للمال الشائع ، تطبق فيه قواعد الإيجار . فلابد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسرى فى حق المشترى(١) . وتطبق أيضاً قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المتهايئين والتزاماتهم ، فكل شريك متهايئ تكون له حقوق المستأجر من تسلم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان للعيوب الخفية ، وعليه التزاماته من دفع الأجرة (وهى هنا منفعة حصته) واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهايأة . ولكل شريك أن يؤجر من الباطن . وتطبق فى هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن . وتطبق أيضاً قواعد إثبات الإيجار ، وقد أصبحت فى التقنين المدنى الجديد هى القواعد العامة . فتثبت المهايأة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز عشرة جنيهات ، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة(٢) .

---

(١) أما إذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع ، ولو كان تاريخها ثابتا قبل التسجيل ، فلا تنفذ فى حق المشترى ، ولكن يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بعقد المهايأة ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه (م ٦٠٤ مدنى) . ولا يجبر المشترى الشريك المتهايئ على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى مواعيد معينة ، ويلتزم الشريك الذى باع حصته الشائعة بأن يدفع تعويضاً للشريك المتهايئ ، ولا يجبر هذا الأخير على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشترى أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥ مدنى) – انظر إسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ – حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٦ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ .

(٢) وإذا وقعت المهايأة على أرض زراعية ، فإن قانون الإصلاح الزراعى (م ٣٦) الذى يقضى بوجوب أن يكون عقد إيجار الأراضى الزراعية ثابتا بالكتابة لا مجال لتطبيقه هنا . ذلك أن الكتابة مطلوبة فى قانون الإصلاح الزراعى للانعقاد لا للإثبات (الوسيط ٦ فقرة ٧٣٣) ، فلا ينطبق هذا الحكم الاستثنائى على المهايأة لأنه لا يتعلق بالإثبات . وعلى فرض أن الكتابة مطلوبة للإثبات لا للانعقاد – كما يذهب كثير من الفقهاء فى مصر وكما تقرر أخيراً بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ – فإنا نؤيد رأى من يذهب منهم إلى أن هذا الحكم الاستثنائى لا ينطبق على إثبات المهايأة إذ هو يتعارض مع طبيعتها . ذلك أن هذا الحكم « خاص بإيجار الأراضى الزراعية ومقصود به حماية طائفة مستأجرى الأراضى الزراعية من استغلال الملاك ، فلا يكون مفهوما تطبيقه على قسمة المهايأة حيث لا تقوم بين المتقاسمين مثل هذه المظنة من الاستغلال » (حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ٢) . وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٨ وهامش ١ (وهو يرى بعد تعديل المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعى بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، أصبحت الكتابة فى إيجار الأرض الزراعية لازمة للإثبات لا للانعقاد ، ومن ثم يجب تطبيق حكمها على عقد المهايأة ولا تتعارض طبيعة هذا العقد مع هذا الحكم) – وانظر عكس ذلك أيضاً إسماعيل غانم فقرة ٧١ –

٤٩٤ — المهايأة التي تسبق القسمة النهائية : وهناك صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها إجراء يسبق القسمة النهائية . فقد تبدأ إجراءات القسمة النهائية للمال الشائع ، وتطول أو يتوقع أن تطول هذه الإجراءات . فيعمد الشركاء إلى الاتفاق فيما بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة ، وفي الغالب تكون المهايأة مكانية ، على أن تبقى هذه المهايأة نافذة إلى أن تتم القسمة النهائية . بل يصح ، حتى إذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة ، أن يطلبها أحدهم من القاضي الجزئي الذي تجرى أمامه إجراءات القسمة النهائية ، فيأمر القاضي بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين . وقد يستعين القاضي بخبير في إجراء هذه المهايأة ، ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذي يستعين به في إجراء القسمة النهائية[1]. « وفي هذا وضع حد للمنازعات التي تسبق القسمة النهائية »[2].

ونرى من ذلك أن المهايأة المكانية التي تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية العادية في أمرين جوهريين : (١) أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهي ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية إذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقي ، وعندئذ يتعين على القاضي الجزئي إجراؤها . أما المهايأة العادية ، فقد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية ، لابد فيها من اتفاق جميع الشركاء . (٢) أنه ليس للمهايأة التي تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهي تدوم إلى أن تنتهي القسمة النهائية ، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر . أما المهايأة المكانية العادية ، فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، قد تجدد ، وأنه إذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذي سبق أن بيناه[3] ،

= ص ١٥٦ (وهو مع ذلك لا يذهب إلى تطبيق المادة ٣٦ من قانون الإصلاح الزراعي في شقها الأخير على عقد المهايأة لتعارض ذلك مع طبيعة المهايأة ، فإذا لم يكن هذا العقد ثابتا بالكتابة لم تنقلب المهايأة إلى مزارعة مدتها ثلاث سنوات ونصيب المالك فيها النصف) .

(١) انظر م ٨٤٩ مدني آنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ .

(٣) محمد علي عرفة فقرة ٣٤٢ — حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٤ هامش ١ .

وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ينظم صورة خاصة أخرى من المهايأة ، تتم هي أيضا بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الشركاء ، وذلك في حالة ما تكون القسمة النهائية ضارة =

٤٩٥ — ثانيا — تولى أغلبية الشركاء إدارة المال الشائع — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

« ٢ – وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصاً » .

« ٣ – وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم »[1]

= بمصالح الشركاء ، فيرجئها القاضى ويستبدل بها قسمة مهايأة إلى أن يتيسر إجراء القسمة النهائية دون ضرر . فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيد تجرى على الوجه الآتى : « إذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسوراً أن يدار المال الشائع إدارة مشتركة ، فللقاضى الجزئى ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو دون استعانة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ فى الهامش) . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى المشار إليها فى النص تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة تضر بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠) . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢ ...) ، فحذفت تبعا لها المادة ١٢٢٠ سالفة الذكر فى نفس اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ فى الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديل لفظى ، تحت رقم ٨٩٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديل لفظى تحت رقم ٨٩٧ . وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٥ – ص ٨٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، وهو نص جديد مستحدث . =

ويخلص من هذا النص أنه فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة ، لا تخلو الحال من أن نكون فى أحد الفروض الثلاثة الآتية :

أولا — أن يتولى أحد الشركاء الإدارة ولا يعترض عليه الباقون ، فيعد وكيلا عنهم وكالة عامة بالإدارة .

ثانيا — فإذا لم يتول أحد الشركاء الإدارة ، أو تولاها واعترض عليه الباقون ، فالإدارة المعتادة تكون فى هذه الحالة فى يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصباء . فما يستقر عليه رأى هذه الأغلبية فى الإدارة المعتادة يكون ملزما لجميع الشركاء ، من رضى منهم ومن لم يرض . ويجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديراً لإدارة المال الشائع إدارة معتادة ، ولها أن تضع نظاما لهذه الإدارة .

ثالثا — فإذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء ، فلأى منهم أن يطلب من القاضى الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضيه الضرورة ، وللقاضى أن يعين عند الحاجة مديراً للمال الشائع .

ونستعرض فيما يلى كلا من هذه الفروض الثلاثة[1] .

٤٩٦ — تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين :

فى هذا الفرض ، وهو غير نادر الحصول ، يعتبر أن هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع ، فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه وكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٤/٢ و ٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٥ : إن الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات التى تتخذها الغالبية فيما يختص بإدارة الشىء المشترك وكيفية الانتفاع به ، بشرط أن يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التى يتكون منها موضوع الشركة — وإذا لم يكن للغالبية ثلاثة أرباعها ، فللشركاء أن يلجأوا إلى القاضى فيقرر ما يراه أكثر انطباقا على مصلحة الشركة العامة . ويمكنه أن يعين لها مديراً عند الاقتضاء ، أو يأمر بقسمتها .

(وقد نسخ هذا النص المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) .

[1] انظر فى إيجار المالك فى الشيوع فى هذه الفروض الثلاثة الوسيط ٦ فقرة ٣٢ .

معتادة . وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء . فيكون إيجاره مثلا للمال الشائع نافذاً في حقهم[١] وكذلك قبضه للأجرة . وقيامه بأعمال الصيانة ، ودفعه الضرائب ، وغير ذلك من أعمال الحفظ التي تقدم ذكرها[٢] . وله أن يزرع الأرض الزراعية ، وأن ينفق على الزراعة ماتقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد والبذر والحصد ، وأن يشترى ما يلزم من سماد وبذور ، وأن يستأجر المواشي والآلات الزراعية اللازمة ، وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها، ثم يبيعها في الأسواق بأثمانها الجارية . وله كذلك ، بدلا من زراعة الأرض على الذمة ، أن يؤجرها ، أو أن يعطيها مزارعة . كل هذه أعمال تدخل في حدود الإدارة المعتادة ، وتكون نافذة في حق سائر الشركاء[٣] .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الإدارة دون اعتراض من الباقين ، أن يعترض على إدارته بعض الشركاء ، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية . فإذا كان الباقي من الشركاء ممن لم يعترضوا على إدارته هم الأغلبية بحسب حصصهم في المال الشائع ، ويدخل في ذلك حصته هو ، بقي الشريك متوليا الإدارة ، ولكن باعتباره معينا من قبل الأغلبية ، فتسرى أعمال إدارته في حق المعترضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما سنرى. أما إذا اعترض على إدارته من الشركاء من تكون حصصهم في المال الشائع لا تقل عن النصف،

---

(١) وقد فرض القانون أن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من شريك منهم دليل على وجود وكالة سابقة منهم له بالتأجير . ومن ثم لا ينفذ الإيجار في حقهم إلا لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، شأن أي إيجار يصدر من الوكيل أو النائب . وهذا بخلاف ما إذا قلنا إن عدم اعتراض الشركاء على الإيجار الصادر من أحدهم إنما هو إقرار لاحق لا توكيل سابق ، فيتعين عندئذ أن يسرى الإيجار في حق الشركاء لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات ، لأن الشركاء يكونون قد أقروا الإيجار بالمدة المحددة فيه (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦١ هامش ١) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) ومن هذه الأعمال ماهو عمل مادى لا تصرف قانونى ، كزراعة الأرض ، فلا ترد عليه الوكالة . فيمكن اعتبار الشريك في هذه الحالة فضوليا ، وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عندما تقول : « أما إذا لم يختاروا مديراً ، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم . وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا ، وذلك في حدود قواعد الفضالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) .

فإنه لا يصبح ممثلا للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضى فى إدارته . ويجب عليه أن يتنحى[١] .

٤٩٧ — تولى أغلبية الشركاء للإدارة : فإذا كانت هناك أغلبية من الشركاء ، على أساس قيمة الأنصباء ، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع ، فهذه الأغلبية هى التى تدير هذا المال ، ولو كانت شخصاً واحداً من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع[٢] . وليس لباقى الشركاء . مهما كان عددهم . أن يعترضوا على إدارة الأغلبية مادامت لم تخرج على حدود الإدارة المعتادة . على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . وليس للأقلية أن تعترض إلا إذا كانت الأغلبية قد تعسفت فى استعمال حقها فى الإدارة . وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية . لاسيما إذا كانت الأغلبية عدداً قليلا من الشركاء أو كانت شريكا واحداً فقط[٣] . وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية .

---

(١) فإذا أجر العين الشائعة بالرغم من ذلك . استطاع الشركاء الذين اعترضوا إخراج المستأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يبقى فى أى جزء منها مهما صغر . وقد كان المستأجر فى عهد التقنين المدنى القديم يجوز له . كدائن للشريك المؤجر ، أن يتمسك بحقوق هذا الأخير فى المشاركة فى الانتفاع بالعين المؤجرة . فلا يعتبر فى شغله للعين متعرضا لحيازة باقى الشركاء . بل حالا محل الشريك المؤجر . فلا يجوز طرده ، ويتعين الاتفاق معه على طريقة الانتفاع أو على القسمة قسمة نهائية أو قسمة مهايأة أو تعيين حارس أو مدير يتولى الإدارة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٧ ص ٩٩ — الإسكندرية مستعجل ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥ ص ٩١ : لا يمكن اعتبار المستأجر حائزا بغير سند . ويكون الفصل فى بطلان الإيجار ماسا بحقوق الخصوم ومن اختصاص قاضى الموضوع) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فإن أغلبية الشركاء هى التى تملك إيجار العين الشائعة إيجارا نافذاً فى حق الجميع . فلا يكون لشريك الذى آجر وحده حق شغل العين المؤجرة . ويمتنع تبعا لذلك على المستأجر منه أن يتمسك بحق ليس ثابتا لمدينه . فيجوز إذن طرده من العين وردها إلى أغلبية الشركاء وإلى المستأجر منهم (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٢ وهامش ٣) .

(٢) فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف ، كان له وحده حق الإيجار . وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلا وأجر المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو أيضاً الثلث ، كان الشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الإيجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فإن الإيجار يسرى فى حق باقى الشركاء . وكذلك يسرى الإيجار فى حق باقى الشركاء لو أجر الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبى (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٠) .

(٣) حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٤٩ — إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥١ وفقرة ٧٢ ص ١٥٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٧ ص ١٩٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨ ص ١٤١ .

بل يلوذ به أى شريك ، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع .

وقد ترى الأغلبية ألا تدير المال الشائع بنفسها ، بل تقيم وكيلا عنها ، من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، فى هذه الإدارة . فيكون هذا الوكيل نائبا عن الأغلبية فى حدود الإدارة المعتادة . وأعمال الإدارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع [1]. وقد ترى الأغلبية عدم إطلاق يد هذا الوكيل . بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وإدارته على وجه مرضى . فيصبح هذا النظام ملزما لجميع الشركاء ، وملزما للوكيل الذى اختارته الأغلبية ، وملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشترى . وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل ، فلايستطيع مثلا أن يؤجر المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بإيداع ريع المال فى مصرف معين . وبديهى أن هذا النظام قابل للتعديل ، ويعدله من يملك وضعه ، فيجوز لأغلبية الشركاء – وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام – تعديله أو إلغاؤه ووضع نظام جديد ، أو إلغاؤه أصلا دون وضع أى نظام آخر .

٤٩٨ – عدم توفر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع : فإذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء ، بحسب قيمة الأنصباء ، لإدارة المال الشائع ، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية ، لم يبق إلا الالتجاء إلى القضاء [2]. فيجوز لأى من الشركاء أن يرفع الأمر إلى المحكمة –

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩٦ .

(٢) وإذا أجر أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من العين الشائعة يعادل حصته ، فإنه لايستطيع تسليم هذا الجزء المفرز إلى المستأجر إذا اعترض الشركاء الآخرون . ويكون الإيجار معلقا على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المؤجر . فإذا وقع جزء مفرز آخر فى نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب فى الفقه أن ينتقل الإيجار إليه بحكم الحلول العينى المقرر فى التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع وفقا للمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

أما إذا آجر الشريك حصته الشائعة فقط ، لا كل العين ولا جزءاً مفرزا منها ، ففى هذه الحال يكون الإيجار صحيحا ، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة إلى المستاجر . وإلى أن تتم القسمة لا يكون لمستأجر الحصة الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر . ويترتب على ذلك أن أغلبية ، =

الكلية أو الجزئية بحسب النصاب[1] — وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة . فقد تأمر بإيجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لإبرام عقد الإيجار . وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديرا للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم ، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي ، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتنحى المدير الذي اختارته المحكمة . أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة .

الفصل الثاني

الإدارة غير المعتادة

٤٩٩ — نص قانوني : تنص المادة ٨٢٩ مدني على ما يأتي :

« ١ — للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة . على أن يعلنوا

= الشركاء يستطيعون إيجار العين كلها ويكون الإيجار نافذاً في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ، ولا يبقى للمستأجر إلا الرجوع على المؤجر . فإذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر ، وللمستأجر منه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (م ٨٢٨ مدني) . فتعين المحكمة مديراً يتولى إدارة العين الشائعة ، وإذا عينته فقد يقر الإيجار الصادر من الشريك المؤجر . أما إذا تمت القسمة ، فإن المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفرزة . وينحصر الإيجار فيها (الوسيط ٦ فقرة ٥٢ ص ٦٣ — ص ٦٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « فإن لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الإدارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم ، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) . ولم يأخذ النص بجعل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية ، فوجب إذن أن تكون المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب النصاب .

قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان » .

« ٢ – وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات[1] » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، فهو نص مستحدث.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٨٤ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٣٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٥ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٦[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ – للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يدخلوا ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة . ٢ – وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ماتراه مناسبا من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . وفى لجنة المراجعة اقترح تعديل النص بما يجعل الأغلبية هى ثلاثة أرباع المال الشائع ، وإضافة حكم يقضى بإخطار بقية الشركاء بقرارات الأغلبية على أن تكون معارضة من لم يوافق على هذه القرارات فى خلال شهر من وقت الإعلان . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح النص مع بعض تعديلات أخرى لفظية طفيفة مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن مدة المعارضة فى المشروع هى شهر بدلا من شهرين ، وأصبح رقم النص ٩٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٨ . واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، فأصبح النص تحت رقم ٨٢٩ مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٧ – ص ٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٤ (مطابق فيما عدا اشتراط التقنين السورى أن يكون إعلان قرارات الأغلبية بكتاب مضمون أو بطريقة أخرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٥ : ١ – للشركاء أصحاب القدر الأكبر فى الحصص أن يدخلوا ، بإذن المحكمة ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المال ما يخرج عن حدود الإدارة غير المعتادة . ٢ – وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا من الإجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

–

ويخلص من هذا النص أن هناك أعمال إدارة تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة . ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة .

٥٠٠ — الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص الأعمال التي تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، ما يأتي : « إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة الخارجة عن الأعمال المعتادة ، كإدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعد له المال لتحسين الانتفاع به . وذلك كتحويل مطعم إلى مقهى . أو إعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال . فللأغلبية أن تقرر ما تراه في ذلك ... »[1]

فالأعمال الخارجة عن حدود الإدارة المعتادة هي إذن التعديلات في الغرض الذي أعد له المال الشائع ، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به . ففي الأراضي ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض من أرض للزراعة إلى أرض للبناء إذا كانت تصلح لذلك بالنسبة إلى موقعها ، أو إلى أرض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعي . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والأرز إلى أرض مشجرة تغرس فيها أشجار الفواكه المختلفة أو أرض لزراعة الزهور . ولكن تعتبر إدارة عادية، إذا ما حولت الأرض إلى زراعة الفواكه، أن يغرس فيها صاحبها النخيل . أو أن يزرع البقول والخضروات ما بين أشجار الفاكهة ، أو أن يربي الدواجن ، أو أن يبني أبراج الحمام ، أو أن يجلب خلايا النحل . أما تربية المواشي بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطر جدية ، فقد تخرج عن حدود الإدارة المعتادة .

= (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في وجهين : (١) لا يشترط التقنين العراقي إلا الأغلبية العادية . (٢) ولكن يشترط من جهة أخرى إذن المحكمة مقدما قبل القيام بالعمل) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٨٣٦ : لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تختص : أولا – بأعمال التصرف وبالأعمال الإدارية أيضاً إذا كانت تمس الملكية مباشرة . ثانيا – بتعديلات جديدة في عقد الشركة أو الشيء المشترك . ثالثا – بعقد موجبات جديدة – في الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتغلب رأي المعارضين . على أنه يجوز للشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الاقتضاء الحق المنصوص عليه في المادة ٨٦ (اتخاذ الشيء كله لحسابهم الخاص) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٨ .

وفى المبانى ، يعتبر إدارة غير معتادة تحويل المطعم إلى مقهى أو المقهى إلى مطعم ، وإعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستغلال ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمنا . كذلك يعتبر إدارة غير معتادة تحويل منزل السكنى إلى فندق ، أو إلى بنسيون ، أو إلى شقق مفروشة . وإقامة أحد الشركاء فى الشيوع بناء على أرض فضاء شائعة تعتبر إدارة غير معتادة ، سنفردها بالبحث فيما يلى .

٥٠١ — الأغلبية اللازمة لتقرير الإدارة غير المعتادة : والذى يقوم بأعمال الإدارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع ، يعين على الوجه الذى سبق بيانه[1] . ولكنه فى قيامه بهذه الأعمال ، وهى تخرج عن الحدود المألوفة للإدارة المعتادة ، فى حاجة إلى موافقة أغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية التى قدمناها فى الإدارة المعتادة من وجهين :

(الوجه الأول) الأغلبية المطلوبة للإدارة غير المعتادة ليست هى الأغلبية المطلقة ، أى مايزيد على النصف على أساس قيمة الأنصباء ، بل هى أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الإدارة غير المعتادة . ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدنى ، على ما رأينا ، بأنها أصوات « الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع » . فإذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، ويملك ربع المال الشائع مثلا ، فإنه يكون فى حاجة إلى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل ، هذا إذا كان هو نفسه موافقاً على العمل . وإذا لم يكن موافقا ، فلابد من أن سائر الشركاء ، وهم يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل ، فيصبح المدير ملزما بالقيام به بالرغم من عدم موافقته . ويصح أن يتنحى ، وتعين الأغلبية العادية مديراً آخر يكون موافقا على العمل ، ليقوم به . وإذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ، فإنه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة على السواء . وليس لأقلية الشركاء ، وهى التى تملك الربع الباقى من المال الشائع المعارضة أمام المحكمة فى أعمال الإدارة المعتادة . ولكن لهم حق المعارضة فى أعمال الإدارة غير المعتادة على ما سنرى .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩٦ .

(الوجه الثانى) ومع اشتراط القانون هذه الأغلبية الكبيرة ، فإنه بالإضافة إلى ذلك يكفل للأقلية المعارضة حقها فى الرجوع إلى المحكمة لتتظلم من قرار الأغلبية . ويلزم القانون الأغلبية المذكورة بأن تعلن قراراتها فى شأن الأعمال التى قررت القيام بها إلى كل شريك من الأقلية التى لم توافق . ولم يعين القانون طريقة خاصة للإعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن على الأغلبية إثبات حصول الإعلان ولكل شريك من فريق الأقلية ، فى خلال شهرين من يوم وصول الإعلان إليه ، أن يعارض فى قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدنى كما رأينا : « وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . فالمحكمة إذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذى قررته الأغلبية ، وتسمع فى ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية . وقد نرى ، بعد سماع حجج الطرفين ، ألا توافق على العمل ، فيمتنع على الأغلبية أن تقوم به . أما إذا وافقت المحكمة على العمل ، فقد تضع له شروطا وتحوطه بضمانات تكفل إنجازه على وجه مرضى . وقد يبقى العمل ، بعد كل ذلك ، غير مأمون العاقبة ، فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة ، وتأمر الأغلبية بإعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية ، تطمئن إليها الأقلية فيما إذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة ، فتجد الأقلية فى رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع . ويتبين من ذلك أن موافقة المحكمة على العمل لا يعفى الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض ، فيما إذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء .

٥٠٢ — إقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة : وإذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الإدارة غير المعتادة

كما سبق القول[1] . ويترتب على ذلك أن هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة على النحو الذى قدمناه ، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة للعمل بعد تمامه .

فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء . ولم تقره بعد إقامته ، جاز طبقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد ألحق بالأرض من ضرر[2] . أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى بنى فى جزء مفرز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهيئ له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر . فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة . ولذلك فإنه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك ، فإنه لا يعد بانياً فى ملك غيره . ومن ثم فإن المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء فى ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشيوع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فإن كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة[3] . ومعنى ذلك أن الشريك البانى لا يجبر على إزالة البناء ، وعلى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجتها . فإن وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصيب

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٠٠

(٢) وهذا ما يذهب إليه الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٤٩ – بودرى وشوفو فقرة ٢٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣٦ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥ – انظر عكس ذلك وأن للشركاء أن يطلبوا إزالة البناء دون انتظار نتيجة القسمة : استئناف مصر ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٧ ص ٦٦٠ – مصر الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٢ – بنى سويف الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ – المنشية الجزئية ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٢ ص ١١٤٨ المنيا الجزئية ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ١٩٠ ص ٥٤٨ – استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

الشريك البانى . فقد تبين أنه بنى فى ملكه . وتسلم له الأرض والبناء معاً . وإن لم يقع هذا الجزء فى نصيبه . فالشريك الذى وقع فى نصيبه هذا الجزء يكون فى حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سىء النية : فتجرى الأحكام المتعلقة بذلك ويكون مخيراً بين طلب إزالة البناء أو استبقائه بالشروط التى قررها القانون فى هذا الصدد . ويصعب الآن التسليم بما قررته محكمة النقض فى هذه المسألة ، بعد أن وضع القانون نظاما تشريعيا يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء فى جزء مفرز من الأرض الشائعة ، فما عليه إلا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع . ولذلك يذهب أكثر الفقهاء فى مصر بحق إلى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبية المطلوبة يجوز إجباره على إزالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة إلى طلب القسمة ودون انتظار لنتائجها[1]

أما إذا وافقت الأغلبية المقررة قانونا على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته[2] . فإن جميع الشركاء يساهمون فى تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم فى الأرض الشائعة . ويكون البناء ملكا شائعاً بينهم جميعا . وبهذا قضت محكمة النقض ، إذ تقول إن الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لايعتبر من الغير فى معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) . فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء . وجب أن يكون ذلك فى مقابل ما يناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبراً فى حكم الوكيل[3] .

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٩ – إسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥٢ – ص ١٥٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ – ص ١٨٩ – وص ١٩١ – حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٤٤ – عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١٣٧ ص ١٥٨ .

(٢) وتعتبر موافقة أو إقرارا ضمنيا علم الشركاء بإقامة البناء وسكوتهم على ذلك دون اعتراض ، أما إذا علموا فاعترضوا أو لم يعلموا أصلا فيعتبرون غير موافقين (محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ – حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤) .

(٣) نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٦٩٠ – وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٩ ص ١٤٩ حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٦ وهامش ٢ .

الفرع الثانى

التصرف فى المال الشائع

٥٠٣ — تصرف الشركاء مجتمعين وتصرف الشريك منفردا : رأينا[١] أن المادة ١/٨٢٦ مدنى تنص على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها.. » . وظاهر من هذا النص أن للشريك أن يتصرف منفرداً فى حصته الشائعة . أما إذا تصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه (م ٢/٨٢٦ مدنى) فإن لهذا التصرف حكما آخر . وقد يتصرف الشركاء مجتمعين — أو تتصرف أغلبية كبيرة منهم (م٨٣٢ مدنى) — فى المال الشائع كله ، ولهذا التصرف أيضاً حكمه الخاص .

فالتصرف إذن قد يكون جماعيا فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، وقد يكون فرديا فيصدر من الشريك منفردا .

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم

§ ١ — تصرف الشركاء مجتمعين

٥٠٤ — التصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه : إذا أجمع الشركاء على التصرف فى المال الشائع كله . فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحا نافذاً فى بالنسبة إليهم أجمعين . فإذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكان معاً ، فإن هذا البيع إذا سجل ينقل ملكية الأرض إلى المشترى . ولا يمكن أن يكون لقسمة الأموال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر فى ذلك . لأن الشريكين لما باعا الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما . ولا يجوز أن تدخل فى أية قسمة بينهما بعد ذلك . وإنما يثور البحث فى أثر القسمة فى التصرفات

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٨٦ .

التى تصدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق رهن أو حق انتفاع . فإذا رهن الشريكان معاً الدار الشائعة ، واقتسما بعد ذلك الدار والأرض فوقعت الدار فى نصيب أحدهما ، فإنها تقع مثقلة بحق الرهن . ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لا يملك من الدار وقت أن رهنها إلا جزءا شائعا ، فلا يبقى الرهن على الدار إلا فى حدود هذا الجزء أما الباقى فيعتبر مرهونا من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيبطل الرهن الصادر منه . لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك ، بل يبقى الرهن كله قائما على الدار بعد القسمة . وقد طبق التقنين المدنى تطبيقا تشريعيا هذا المبدأ فى الرهن الرسمى . فنصت المادة ١٠٣٩/١ منه على أن « يبقى نافذاً الرهن الصادر من من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته »[1]. وسنبحث هذه المسألة تفصيلا فى الجزء الخاص بالتأمينات ، عند الكلام فى الرهن الرسمى.

كذلك إذا تصرف جميع الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع ، كان تصرفهم صحيحا نافذا فى حق الجميع ، أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . فلو أن أرضا كانت شائعة بين ثلاثة بالتساوى . ورهن الثلاثة من الأرض جزءاً مفرزا يعادل ثلثها ، فإن هذا الرهن يلزمهم جميعا . وإذا اقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ، ووقع الثلث المفرز المرهون فى نصيب أحدهم ، لزمه الرهن ، ولم يستطع أن يحتج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز إلا ثلثه .

٥٠٥ — أنواع التصرف وما قدمناه لا يصدق على الرهن الرسمى وحده ، بل يصدق أيضاً على رهن الحيازة . كذلك ينطبق المبدأ فى حالة تقرير

---

(١) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٣ ص ١٥١ — حسن كيرة فقرة ١١١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٩٧ — شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ فقرة ٤٤ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ .

وانظر فى أن المادة ١٠٣٩/١ مدنى تتضمن حكما استثنائيا يسرى على الرهن الرسمى دون رهن الحيازة : شفيق شحاتة فى النظرية العامة للتأمين العينى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ١١٠ — سليمان مرقس فى [illegible]

حق عيني أصلي على المال الشائع من جميع الشركاء . كتقرير حق انتفاع أو حق ارتفاق[1] .

§ ٢ – تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء

٥٠٦ – نص قانوني : تنص المادة ٨٣٢ مدنى على ما يأتى :

« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة . عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا »[2].

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وهو نص استحدثه التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٨٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م٨٤١ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٦٢ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٦[3] .

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٤ – حسن كيرة فقرة ١١١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ – شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٤ وفقرة ١٦٨ ص ٤٥٧ – ص ٤٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال الشائع ، أن يقرروا وجوب التصرف فيه ، إذا استندوا فى ذلك إلى أسباب قوية . ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع إلى المحكمة ، وللمحكمة أن تقدر ، تبعا للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تتبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بعض تعديلات لفظية ، وأضيف إليه حكم يقضى بوجوب إعلان قرارات الأغلبية لبقية الشركاء ، ولمن خالف هذه القرارات حق الرجوع إلى المحكمة فى خلال شهر من وقت الإعلان . فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن حق الرجوع إلى المحكمة فى المشروع يكون فى خلال شهر ، وأصبح رقم النص ٩٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، تمشيا مع ما سبق أن تقرر فى مادة سابقة ، وأصبح رقم النص ٨٣٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٤ – ص ٩٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف فى المال الشائع يقتضى اتفاق جميع الشركاء ، إلا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تستدعى التصرف فى هذا المال . ومع ذلك يتعذر إجماع الشركاء على التصرف . فتدخل المشرع فى هذه الحالة الاستثنائية . وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف فى المال الشائع ، مع إعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية .

٥٠٧ — الأسباب القوية التى تستدعى التصرف فى المال الشائع : قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باق على الشيوع ولا توجد طريقة لتلافى هذا النقص . ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم . فعندئذ يتبين أن الأجدى . ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة ، بل هو التصرف فى المال الشائع . وقد تواتى فرصة يستطاع معها التصرف فى المال الشائع فى صفقة رابحة . يخشى من فواتها وألا تعود . وقد تتعذر إدارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التى هيأها القانون لإدارته . وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء . ويكون التصرف فى المال لأجنبى هو خير وسيلة لقسمته . وقد تحتاج العين الشائعة إلى تعمير يستدعى نفقة ، ولا سبيل إلى الحصول على المال اللازم إلا عن طريق رهن العين . بل قد يتبين أن هناك طريقة أفضل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضا مثلا وفى إقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لإقامة المبانى يقتضى رهن الأرض . هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسبابا قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة ، تارة بالبيع وطورا بالرهن .

= التقنين المدنى السورى م ٧٨٧ (مطابق ، فيما عدا أن تبليغ القررات إلى باقى الشركاء فى التقنين السورى يكون بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٢/١ كل واحد من الشركاء أجنبى فى حصة الآخر . وليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بأى وجه من غير رضاه .

(والتقنين العراقى لا يجيز للأغلبية ، مهما بلغت ، التصرف فى المال الشائع) .

تقانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٦ (انظر آنفا فقرة ٤٩٩ فى الهامش)

وكالتصرف فى العين الشائعة كلها التصرف فى جزء مفرز منها . فتقوم أسباب قوية تستدعى ، ليس التصرف فى جميع العين الشائعة ، بل فى جزء مفرز منها فقط ، ويتعذر إجماع الشركاء على هذا التصرف فيجوز للأغلبية سالفة الذكر ، من باب أولى ، التصرف فى هذا الجزء المفرز .

٥٠٨ — الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف فى المال الشائع : وما دام إجماع الشركاء متعذراً ، والتصرف تقوم به أسباب قوية ، فلابد إذن من الترخص فى شرط الإجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك فى مصلحة جميع الشركاء .

ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هى عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع . وهذه هى نفس الأغلبية المقررة فى الإدارة غير المعتادة فيما قدمناه[1] . والعدد الذى يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيراً أو قليلا ، بل قد يكون شريكا واحدا . فإذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحده التصرف فى هذا المال إذا قامت أسباب قوية تدعو إلى ذلك .

٥٠٩ — الضمانات المعطاة للأقلية : ولم يترك القانون الأقلية دون حماية ، كما حماها فى خصوص الإدارة غير المعتادة على ما قدمنا[2] . فالقرار الذى يصدر من الأغلبية بالتصرف فى المال الشائع لا يكون نافذاً فورا ، بل يجب على الأغلبية إعلانه للأقلية . ويكون الإعلان بأية طريقة : ورقة على يد محضر ، أو كتاب مسجل أو غير مسجل ، أو إخطار شفوى ويقع عبء إثباته على الأغلبية . ولأى شريك من فريق الأقلية ، فى خلال شهرين من وقت إعلانه بقرار الأغلبية ، أن يعارض فى هذا القرار أمام المحكمة المختصة[3] .

والمحكمة تستوثق أولا من قيام أسباب قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة ، فإن لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية .

أما إذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فإنها تنتقل بعد ذلك إلى النظر

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٠١ .

(٣) فإن لم يعارض أحد فى خلال شهرين ، أصبح قرار الأغلبية نافذا وملزما للأقلية .

فيما إذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوع وإطلاق يد كل واحد منهم فى نصيبه مفرزاً ، فلا يعود الأمر فى حاجة إلى فرض قرار الأغلبية على الأقلية . والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح فى هذا المعنى ، إذ يقول : « وللمحكمة أن تقرر ، تبعا للظروف ، ما إذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تتبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء» . فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجبا يأتى بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، وإذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ مدنى ، وهو يقول « وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر.. » ، قد غير من ترتيب العبارات . فإنه لم يقصد تغييراً فى المعنى ، بل إن هذا التغيير قد وصف بأنه مجرد تعديل لفظى[1] . فإذا رأت المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء ، أمرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء[2] »

أما إذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فإنها تنتقل أخيراً إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذى قررته الأغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهى فى النهاية تقدر ، تبعا للظروف ، « ما إذا كان التصرف واجبا » . فإن رأته واجبا أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقاً للقرار الذى اتخذته فى هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار . وإن تره المحكمة واجبا ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك إلا بإجماع الشركاء[3].

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٦ فى الهامش – وانظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٧ ص ١١٤ – محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ مكررة ص ٤٠٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٧ ص ١٦٨ – حسن كيرة فقرة ١١٢ ص ٣٦٣ هامش ١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وأن المحكمة لا تقضى من تلقاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب أن يطلب القسمة أحد الشركاء : إسماعيل غانم فقرة ٧٥ ص ١٦٣ – ص ١٦٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٣ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى المعانى التى قدمناها ما يأتى : « سار المشروع فى تغليب رأى الأغلبية إلى حد بعيد، إذ أجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة –

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا

٥١٠ — تصرف الشريك فى حصته الشائعة وتصرفه فى شىء مفرز : قدمنا[1] أن الشريك قد يتصرف منفردا فى حصته الشائعة وهذا هو الغالب ، وقد يتصرف منفرداً كذلك فى شىء مفرز . إما فى جزء مفرز من المال الشائع أو فى المال الشائع كله .

المطلب الأول

تصرف الشريك فى حصته الشائعة

٥١١ — حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد الشركاء للحصة الشائعة : نبين فيما يلى حكم تصرف الشريك فى حصته الشائعة ، ثم نبين ما يترتب على هذا التصرف من جواز استرداد باقى الشركاء لهذه الحصة إذا كانت شائعة فى منقول .

§ ١ - حكم تصرف الشريك فى حصته الشائعة

٥١٢ — صحة التصرف ونفاذه فى حق باقى الشركاء : يجوز للشريك أن يتصرف فى حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف . وقد رأينا أن المادة

= (شركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع قيمة المال) أن تتصرف فى المال الشائع بالبيع أو المقايضة مثلا ، إذا كانت هناك أسباب قوية تدعو إلى ذلك ، كأن يكون هذا التصرف فى مصلحة الجميع ، أو أن يكون استغلال المال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذراً . وقرار الأغلبية ملزم للأقلية ، إلا أن لهؤلاء حق التظلم إلى المحكمة . ولهذه أن تراجع قرار الأغلبية . ولا تقره إلا إذا رأت أنه يحقق المصلحة ، وأن الالتجاء إلى إنهاء الشيوع عن طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٣ .

١/٨٢٦ مدنى تنص على أن «كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها..»(١).

فيجوز للشريك أن يتصرف فى حصته معاوضة كأن يبيعها أو يقايض عليها ، أو تبرعا كأن يهبها .

ويجوز أن يصدر التصرف إلى أحد الشركاء الآخرين أو إليهم جميعا(٢) ، كما يجوز أن يصدر إلى أجنبي من غير الشركاء(٣) . وفى حالة التصرف إلى أجنبى ، يجوز لباقى الشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة فى المنقول كما سنرى.

ومتى تم التصرف ، كان صحيحا نافذاً فى حق باقى الشركاء ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر . فليس ضروريا أن يعلن التصرف إلى باقى الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف . كما فى حوالة الحق . لأننا هنا فى صدد حق عينى لا حق شخصى . ولكن إعلان باقى الشركاء بالتصرف يكون مفيداً . إذ يجعل ميعاد الحق فى الاسترداد فى المنقول أو الحق فى الأخذ بالشفعة فى العقار يسرى على هؤلاء الشركاء .

ويترتب على التصرف فى الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له — المشترى أو الموهوب له مثلا — محل الشريك المتصرف فى ملكية الحصة الشائعة ، ويصبح هو الشريك فى المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف . ويلاحظ أنه

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٨٦ .

(٢) وإذا صدر التصرف من شريك إلى شريك ، وترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوع ، فإن هذا التصرف يعتبر فى حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء . انظر فى ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨١ — ص ١٨٢ وكذلك هامش ٢ من ص ١٨٢ والمراجع المشار إليها .

(٣) ويكون هذا تصرفا فى حصة شائعة ولو كان الشريك البائع واضعا يده على قدر مفرز (نقض مدنى ١٦ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩١) . وإذا جاوز الشريك البائع مقدار نصيبه الشائع ، كان البيع غير نافذ فى حق باقى الشركاء فيما جاوز هذا النصيب (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥) .

ولا يمنع الشريك من التصرف فى حصته الشائعة اتفاقه مع شركائه الآخرين على البقاء فى الشيوع مدة معينة ، فهذا الاتفاق إنما يمنعه من طلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، ولا يمنعه من التصرف فى حصته الشائعة . ويتقيد المشترى لهذه الحصة ، باعتباره خلفا خاصا ، بالاتفاق على البقاء فى الشيوع المدة المعينة فى الاتفاق . انظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٨ — ص ١٧٩ .

يجب تسجيل التصرف إذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه . ويستوى فى ذلك أن يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا فى مجموع من المال كما لو تصرف الوارث فى نصيبه الشائع فى التركة وكانت التركة تشتمل على عقارات[1] .

وكما يجوز للشريك التصرف فى كل حصته الشائعة ، يجوز له كذلك أن يتصرف فى بعضها شائعا . فإذا كان مثلا يملك فى المال الشائع النصف ، جاز له أن يبيع نصف هذه الحصة ، فيبيع ربع كل المال الشائع . ويدخل المشترى شريكا فى المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء ، ومنهم الشريك البائع الذى يبقى شريكا بقدر الربع بعد أن باع نصف حصته الشائعة .

وإذا كانت العين الشائعة داخلة فى مجموع من المال الشائع ، كما لو كانت دارا داخلة فى تركة ، وباع الوارث حصته الشائعة فى الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة ، جاز ذلك ، وحل المشترى محل الوارث شريكا فى هذه الدار مع سائر الورثة . ولابد ، فى هذه الحالة ، لإزالة الشيوع ، من إجراء قسمتين : القسمة الأولى بين المشترى وسائر الورثة فى الدار التى أصبح المشترى شريكا فيها ، والقسمة الأخرى بين الوارث الذى باع حصته فى الدار وسائر الورثة فى بقية أموال التركة . وتجنبا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف فى حصة شائعة فى مال داخل فى مجموع إلا باتفاق الشركاء[2] . وذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن التصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقعت العين التى تصرف الوارث فى حصته الشائعة فيها فى نصيب هذا الوارث صح تصرفه فى حصته ، وإن وقعت فى نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكا للحصة التى باعها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترى شخص من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، اعتبر المشترى من الغير ، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة . يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على إجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، بل له أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٣) .

(٢) انظر المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الألمانى .

وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير[1]. ولكن محكمة النقض في مصر ذهبت إلى عكس هذا الرأي . وقضت بأن للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة في بعض العقارات ، وإذا حل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع في هذا البعض من العقارات شائعا ، ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان[2] .

٥١٣ — ترتيب حق عيني أصلي على الحصة الشائعة : أهم الحقوق العينية الأصلية — عدا حق الملكية — هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر. أما الحكر فتستعصى طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضي البناء أو الغراس في أرض مفرزة . هذا إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة . والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هي مملوكة للوقف.

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة ، فلا يجوز للشريك في العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضي مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها إلا على عقار مفرز[3]. وقد رأينا[4] أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا معاً حق ارتفاق على هذا العقار ، ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة[5] .

---

(١) Jonasco فقرة ١٠٢ — Vincent في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص١٣٧٥ — وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٠ وهامش ٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٠ هامش ١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٤ هامش ١ .

(٣) عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ — إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص١٧٦ هامش٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هامش ١ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٠٥ .

(٥) وكما لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصة شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابل للتجزئة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ — عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ — إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش٢ حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هامش ١) .

بقى حق الانتفاع . وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع فى الحصة الشائعة جميع الحقوق التى يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع . فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بإدارتها إدارة معتادة مع سائر الشركاء فى المال الشائع[1]، وتسرى أحكام الإدارة المعتادة فى المال الشائع هنا . وإذا اقتضى شأن من شؤون هذه الإدارة أغلبية الشركاء اعتد برأى صاحب حق الانتفاع لا برأى الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الإدارة المعتادة إلى الإدارة غير المعتادة ، وكذلك فى أعمال التصرف وفى طلب القسمة ، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن فى ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع[2] . وإذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوع ، آلت الملكية كاملة إلى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما إذا بقى حق الانتفاع قائماً بعد انقضاء الشيوع ، بأن قسمت العين الشائعة مثلا ووقع منها جزء مفرز فى نصيب الشريك صاحب الرقبة ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العينى[3] .

---

(١) وعلى هذا الأساس يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يتفق مع سائر الشركاء على مهايأة مكانية أو زمانية ، فإن هذا الضرب من القسمة يدخل فى شؤون الإدارة المعتادة ، ولكن يلزم إجماع الشركاء عليه كما قدمنا ، ويدخل فى هذا الإجماع صوت صاحب حق الانتفاع دون صوت الشريك صاحب الرقبة . ولكن قسمة المهايأة المكانية التى تتم باتفاق مع صاحب حق الانتفاع لا تنقلب بعد خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ، لأن الشريك صاحب الرقبة ، وهو وحده الذى يملك القسمة النهائية ، لم يكن طرفا فى المهايأة المكانية . وإذا كانت المهايأة قد تمت من قبل أن يتقرر حق الانتفاع ، فإن صاحب هذا الحق يلتزم بها ، فإذا كانت مهايأة مكانية ودامت خمس عشرة سنة فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية إذ أن الشريك صاحب الرقبة قد كان طرفا فيها قبل أن يرتب حق الانتفاع - انظر حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٢ .

(٢) إسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ - حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠١ - ص ٤٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ .

(٣) وهذا ما يصح الأخذ به طبقا للنظرية الحديثة فى الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ١٥٧ وما بعدها). فقد قدمنا عند الكلام فى هذه النظرية أن حق الانتفاع ينتقل من الشىء إلى عوضه بحكم الحلول العينى (م ٩٩٤/١) . ونقيس هنا على حالة الشىء المحمل بحق الانتفاع وحلول ما يقوم مقامه من عوض مكانه بحكم الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ١٦٢ فى آخرها) حالة انقلاب المال المحمل بحق الانتفاع من حصة شائعة إلى مال مفرز .

٥١٤ – ترتيب حق عيني تبعي على الحصة الشائعة : الحقوق العينية التبعية هي حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويجوز أن تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله . فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، بما يبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة في عقار على اختصاص بهذه الحصة ، إذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

ويجوز كذلك أن يرهن صاحب الحصة الشائعة في عقار حصته رهنا رسميا وقد نصت المادة ٢/١٠٣٩ مدني صراحة على جواز ذلك فقالت : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة .. »

ويجوز أخيراً أن يرهن صاحب الحصة الشائعة حصته رهن حيازة ، ولا يحول دون ذلك أن رهن الحيازة يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق الغير ، فإن الحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلا للحيازة . ويتحقق ذلك مثلا فيما إذا وضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة ، فيحوزه بصفته دائنا مرتهنا بالنسبة إلى الحصة الشائعة التي ارتهنها ، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة إلى باقي الحصص . كذلك قد يوضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي ، فيحوزه بصفته عدلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة ، وبصفته مديرا بالنسبة إلى باقي الحصص . وقد يكون المال الشائع مقسوما بين الشركاء قسمة مهايأة ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة . وهكذا نرى أن هناك صوراً متعددة لحيازة الحصة الشائعة حيازة مادية ، ويترتب على ذلك أن شيوع الحصة لا يمنع من إمكان رهنها رهن حيازة[1] كما قدمنا .

---

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٠١ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٢٦ – إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٢ – ص ١٨٣ – حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٣ – عبد المنعم فرج الصدة

وإذا بقي الشيوع حتى حل الدين المضمون بأحد هذه الحقوق العينية التبعية ، فحل المؤجل من الثمن في حق الامتياز ، أو اعتزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التي أخذ عليها حق اختصاص ، أو حل الدين المضمون برهن رسمي أو رهن حيازة حملت به الحصة الشائعة ، فإن الدائن ينفذ على الحصة الشائعة وهي لا تزال في الشيوع . فتباع هذه الحصة جبراً على صاحبها ، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكا مكانه مع سائر الشركاء في المال الشائع . ولا يوجد نص في القانون المصري ، كما وجد هذا النص في القانون الفرنسي (م ٢٢٠٥ مدني فرنسي) ، يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب إفرازها قبل التنفيذ عليها .

أما إذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، فإن في التقنين المدني المصري نصاً في هذه المسألة في خصوص الرهن الرسمي . إذ تقول المادة ٢/١٠٣٩ مدني : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار .. ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ».. ونرى من هذا النص أن العقار المفرز الذي يقع بعد القسمة في نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهنا رسميا في عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة المرهونة ، وينتقل الرهن الرسمي إليها[1] . وسنتناول هذا النص

= فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٢ هامش ١ – عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ٤٣٥ – شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ١٦٨ ص ٤٦٠ – ص ٤٦١ .

(١) ويعتبر من تطبيقات الحلول العيني ، ليست فحسب هذه الصورة ، بل أيضاً صورة ما إذا كان هناك عقار شائع واحد رهن أحد الشركاء فيه حصته على الشيوع ، ثم قسم العقار على الشركاء . فينتقل الرهن من حصة الشريك الشائعة إلى نصيبه المفرز ، ويكون ذلك بفضل الحلول العيني ، وقد سبق أن قررنا هذا الحكم في خصوص انتقال حق الانتفاع من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز الذي حل لها (انظر آنفا فقرة ٥١٣ في آخرها وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٧) . ويذهب كثير من الفقهاء إلى أن ورود الرهن بعد القسمة على الجزء المفرز بدلا من الحصة الشائعة لا يعتبر من قبيل الحلول العيني ، بل هو مجرد أثر طبيعي للقسمة (إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٣ – حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ – شمس الدين الوكيل في التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ – وانظر عكس ذلك وأن المال المفرز يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٦ هامش ٢) .

بالشرح المتصل عند الكلام فى الرهن الرسمى . وقد قدمنا أن كلا من حق الاختصاص وحق الامتياز وحق رهن الحيازة يسرى عليه نفس الحكم المقرر فى الرهن الرسمى[1] .

وغنى عن البيان أنه إذا وقع العقار المرهون حصة شائعة فيه بعد القسمة فى نصيب الشريك الراهن ، تركز الرهن (أو الاختصاص أو الامتياز) على هذا العقار فى الحصة الشائعة التى رهنت ابتداء[2] .

= ونحن نفضل الأخذ بفكرة الحلول العينى وأن المال المفرز يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة . ذلك أن حق الرهن لما وقع على الحصة الشائعة ، كان محله هذه الحصة ذاتها . ولا نقف عند الاعتراض القائل بأن الحق العينى لابد أن يتركز على شىء مادى ، فخاصية الشيوع هى بالذات هذه الحصص الشائعة التى ينقسم إليها حق الملكية ، مع عدم انقسام المال الشائع . فإذا رهن الشريك حصته الشائعة، فإنه يكون بذلك قد رتب حق الرهن على هذه الحصة الشائعة لا على المال الشائع . فإذا قسم المال الشائع ، ووقع فى نصيب الشريك الراهن جزء مفرز ، فإن هذا الجزء المفرز يكون شيئا آخر غير الحصة الشائعة التى كانت للشريك من قبل ، ويحل محلها حلولا عينيا ، ومن ثم ينتقل الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز بموجب الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ٤٨٥ فى هامشها الأخير) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٢ – ويشترط بطبيعة الحال أن يكون قد وقع فى نصيب الشريك الراهن عين تقبل نوع الرهن الذى صدر منه ، فإن كان الرهن رهنا رسميا ووقعت فى نصيبه منقولات فلا يجوز أن ينتقل إليها الرهن الرسمى . وقد تتعذر القسمة عينا فيباع المال الشائع ، ويكون للشريك الراهن جزء من ثمنه ، أى مبلغ من النقود ، فلا يكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة إلا أن ينفذ على هذا المبلغ . وليس له تتبع العقار لدى الراسى عليه المزاد ، فإن العقار قد تطهر من الرهون بموجب حكم مرسى المزاد (محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٧ – ص ٣٩٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٥ ص ١٥٤ – ص ١٥٥ وفقرة ١٣٠ – إسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٤ – ص ١٨٥) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ – سليمان مرقس فى التأمينات العينية فقرة ٤٩ ص ٧٩ – محمد على إمام فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٤ – محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٩ – انظر عكس ذلك وأن العقار كله لا حصة منه فقط يصبح مرهونا دى باج ودكرز فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ – أحمد سلامة فى التأمينات العينية – الرهن الرسمى فقرة ٥٠ ص ١٧٣ .

وانظر الأستاذ منصور مصطفى منصور ، ويقترح من الناحية التشريعية تعميم القاعدة الواردة فى المادة ١٠٣٩/٢ مدنى فى خصوص رهن الحصة الشائعة ، فتسرى على كل حق أو قيد عينى يرد على حصة الشريك فى الشيوع ، فينتقل الحق أو القيد ، بحكم الحلول العينى ، من الحصة الشائعة إلى ما حل محلها بموجب القسمة من مال مفرز (منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٥ – ص ١٦٧) .

§ ٢ – استرداد الحصة الشائعة

٥١٥ – نص قانوني : تنص المادة ٨٣٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى ، ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

« ٢ – وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٦١/٤٦٢[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبي م ٨٤٢ – وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٨[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان يجعل ميعاد إعلان الرغبة فى الاسترداد شهراً من يوم إعلان الشريك بالبيع . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٠٤ فى المشروع النهائى ، بعد أن عدلته فجعلت الميعاد ثلاثين يوما من يوم العلم أو الإعلان . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٠٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٧ – ص ٩٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٦٢ / ٥٦١ : يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد فى أن الأول يجعل الاسترداد فى المنقول والعقار ، فيتزاحم فى العقار حق الاسترداد وحق الشفعة) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٨ : إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص آخر ، فلسائر الشركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة وفاقا للأحكام القانونية المختصة . (وقد عمم القانون اللبنانى أحكام الشفعة فجعلها فى العقار وفى المنقول) .

ويخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التى باعها شريك آخر. وسنرى أن فى الشفعة أيضاً يكون للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التى باعها شريك آخر: فحق الاسترداد (retrait d'indivision) وحق الشفعة (préemption) متماثلان من هذا الوجه. وقد كان التقنين المدنى السابق يطلق حق الاسترداد فى المنقول والعقار؛ فترتب على ذلك أن تزاحم فى العقار حق الاسترداد مع حق الشفعة. ولكل من الحقين إجراءاته الخاصة به. وقد أراد التقنين المدنى الجديد تجنب هذا التزاحم، فرسم لكل من الحقين نطاقه الخاص. فحق الشفعة، ومصدره التاريخى هو الشريعة الإسلامية، إنما يرد فى بيع حصة شائعة فى العقار. وقد يرد فى غير الشيوع، ومن ثم لا يمكن قصره على الشيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية. أما حق الاسترداد. ومصدره التاريخى هو القانون الفرنسى[1]، إنما يرد فى بيع حصة شائعة فى المنقول أو فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار. فهذا الحق هو إذن ملازم الشيوع. ولذلك نعالجه فى هذا المكان[2].

---

(١) ومع ذلك فقد خالف التقنين المصرى التقنين الفرنسى فى حق الاسترداد من وجوه مختلفة. منها أن هذا الحق مقصور فى فرنسا على الشيوع الوراثى، وهو جائز فى مصر أياً كان سبب الشيوع. ثم هو فى فرنسا لا يرد إلا فى مجموع من المال هو التركة، ويرد فى مصر، إلى جانب المجموع من المال، فى المنقول الشائع القائم بذاته. وفى فرنسا يصح استعمال الحق فى أية معاوضة ولو لم تكن بيعا، أما فى مصر فلا يصح استعمال الحق إلا فى البيع. وليس لاستعمال الحق فى فرنسا مواعيد معينة، أما فى مصر فيتعين استعماله فى خلال مدة معينة.

انظر فى حق الاسترداد فى فرنسا: أوبرى ورو ١٠ طبعة خامسة فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٢٥ – ص ١٥٠ – بيدان وليبال ٥ مكرر فى المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٣٦ فقرة ٨٨٧ وما بعدها – بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فى المواريث طبعة ثانية سنة ١٩٥٥ فقرة ٥٥١ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨١٦ وما بعدها – بودري وفال فى المواريث ٣ طبعة ثالثة فقرة ٢٥٧٥ وما بعدها – أنسيكلوبيدي داللوز ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Succession ص ١٩٦ – ص ٢٠٤.

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص الفصل ما بين نطاق حق الشفعة ونطاق حق الاسترداد، ما يأتى: «قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقار، وجعل الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق فى الميدان الواحد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨).

ويتبين من النص الذى أسلفناه أن لحق الاسترداد شروطا يجب توافرها ، وله إجراءات خاصة به ، وتترتب عليه آثار معينة .

(ا) شروط حق الاسترداد

٥١٦ – نطاق حق الاسترداد : نحدد أولا نطاق حق الاسترداد ، فهذا النطاق هو الذى يهيمن على شروطه . وقد قدمنا أن حق الاسترداد لا يرد إلا فى منقول شائع قائم بذاته ، وإلا فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار .

فالعقار الشائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاسترداد ، وإنما هو محل لحق الشفعة الذى سنبسط أحكامه عند الكلام فى أسباب كسب الملكية . وحق الشفعة هو الذى يرد ، حتى لو كان سبب الشيوع فى العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث . فإذا باع أحد الورثة لأجنبى

= وهناك فروق كثيرة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد ، تبررها الأهمية العملية الواضحة لحق الشفعة وكثرة ممارسة هذا الحق فى التعامل ، واختلاف مصدره التاريخى عن المصدر التاريخى الذى لحق الاسترداد . وقد كان واجبا أن يحتفظ التقنين المدنى الجديد بحق الشفعة للأسباب المتقدمة ، وأن يمتد فيها بأحكام الشريعة الإسلامية وبما قرره القضاء والفقه من مبادئ كثيرة هامة فى عهد التقنين المدنى السابق . ولم يكن سديدا إخضاع حق الاسترداد لجميع القواعد المعقدة المقررة فى حق الشفعة (انظر مع ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٢ ص ١٨٧ – حسن كيرة فقرة ١٢١ ص٤٠٦ – ص٤٠٧) مع ندرته فى العمل ، لمجرد التماثل فى الطبيعة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد . كذلك لم يكن سديداً حذف حق الاسترداد فى المنقول والمجموع من المال ، فلا يزال هذا الحق مفيداً فى هذه الدائرة . فاقتضى الأمر الجمع بين الحقين ، مع تحديد نطاق كل منهما على الوجه الذى بيناه .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة والاسترداد ، وإن كانا متفقين فى أن كلا منهما يؤدى إلى نوع من الافتئات على حرية التبايع وإلى نزع الملك جبراً على مشتريه ، فإنهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها القوانين الإسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارئ ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشفيع بالمبيع اتصال شركة أو جوار ، ومحلها أن يكون المبيع عقارا فلا شفعة فى منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى ، وحكمته حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ إليها وجعل الورثة فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى ، وسببه الشركة فى الإرث ، ومحله أن يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شائعة فى التركة عامة منظورا إليها كوحدة قانونية تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات (نقض مدنى ٢١ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٢١٥) .

حصته الشائعة فى عقار معين بالذات . ولو كان هذا العقار داخلا فى التركة ، بل لو كان هو كل التركة ، فإن أخذ باقى الورثة لهذه الحصة من الأجنبى إنما يكون عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الاسترداد (١) .

وقد كان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال(٢) . دون المنقول المعين بالذات حيث لم يجعل فيه لا استردادا ولا شفعة ، ودون العقار المعين بالذات حيث جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد . أما التقنين المدنى الجديد فهو

---

(١) نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ – ١٦ فبراير سنه ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ – إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ – حسن كيرة فقرة ١٢٣ ص ٤١١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٦ .

(٢) كان القضاء فى مبدأ الأمر يذهب إلى جواز استرداد الحصة الشائعة فى مجموع من المال أو فى عين معينة يصعب على المشترى تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة (استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ – نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٠ ص ٤١٤ – ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨) . ثم عدل عن ذلك ، واستقر على قصر حق الاسترداد على الحصة الشائعة فى المجموع عن المال ، دون الحصة الشائعة فى عين معينة بالذات ، لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع التركة هو وحده الذى قدر فيه الشارع الفرنسى مظنة إذاعة أسرار التركة وإفساد محيطها ، ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد فى فرنسا ببيع حصة شائعة فى مجموع الملك كله ، لا ببيع حصة شائعة فى عين معينة منه . وإذا كان هذا هو مناط الاسترداد فى فرنسا ، فهو بذاته مناطه فى مصر ، إذ ليس فى نص المادة ٤٦٢/ ٥٦١ مدنى (قديم) ما يفيد أن الشارع المصرى أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التى أملتها المادة ٨٤١ مدنى فرنسى على الشارع الفرنسى .. وحيث إن الأخذ بمطلق لفظ الحصة الشائعة الذى ورد فى نص المادة ٤٦٢/ ٥٦١ مدنى (قديم) ... يؤدى إلى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين من الملك المشترك ، وهو مالا يمكن أن يكون الشارع المصرى قد أراده لأنه لم يقيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشفعة من مواعيد وإجراءات ، فإذا أجيز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستغناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها . وفى ذلك تعطيل للأحكام التى لم تضع هذه القيود عبثا (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٠ ص ٢٤٨ – ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٠ ص ٣٨٠ – ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٨ ص ٤٤٧ – ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧٢ ص ٥٤٦ – ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ – ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٨ ص ١١٩٤ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٦ ص ١٦٢ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥) .

صريح ، كما رأينا ، فى أن حق الاسترداد يرد فى المجموع من المال وفى المنقول المعين بالذات (م ٨٣٣ مدنى) .

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر . فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة فى التركة لأجنبى ، كان لباقى الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبى عن طريق حق الاسترداد ، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات كما سبق القول ، مادامت هذه العقارات مندمجة فى هذا المجموع من المال . وإذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة فى المتجر لأجنبى ، كان لباقى أصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبى عن طريق حق الاسترداد .

كذلك يرد حق الاسترداد ، فى التقنين المدنى الجديد ، على المنقول الشائع المعين بالذات ، أى غير المندمج فى مجموع من المال ، كالسيارات والحلى والجواهر والأوانى وأثاث المنزل[1] .

وإذ تحدد نطاق حق الاسترداد على هذا النحو ، فإن الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة : (١) أن يصدر بيع من أحد الشركاء فى الشيوع . (٢) أن يرد هذا البيع على حصة شائعة فى منقول أو مجموع من المال . (٣) أن يصدر البيع إلى أجنبى عن الشركاء . (٤) أن يكون المسترد هو أحد الشركاء .

٥١٧ الشرط الأول — صدور بيع من أحد الشركاء فى الشيوع :

يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء فى الشيوع ، ونص المادة ٨٣٣/١ مدنى صريح فى هذا المعنى ، فقد رأيناه يتكلم عن « الحصة الشائعة التى باعها شريك ... » . ولا يقوم مقام البيع أى عقد آخر من عقود التصرف ، تبرعا كان أو معاوضة . فإذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها ، لم يجز استعمال حق الاسترداد لا فى الهبة ولا فى الوصية . ذلك أن الشريك إنما وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد . كذلك إذا قايض الشريك على حصته الشائعة ، أو وفاها مقابلا لدين عليه ، أو قدمها حصة فى شركة ، لم يجز استعمال حق الاسترداد ، إذ يصعب

---

(١) ويستوى أن يكون الشيوع ، فى المجموع من المال أو المنقول المعين بالذات ، ناشئا عن الإرث أو عن غيره . أما فى فرنسا فلا يرد حق الاسترداد ، كما قدمنا ، إلا فى الشيوع الوراثى .

على الشريك المسترد أن يدفع للأجنبي ما أعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة . أما في القانون الفرنسي ، فيجوز الاسترداد في جميع عقود المعاوضة ، ولولم تكن بيعا .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك بيعا بالممارسة (م ١/٨٣٣ مدنى) ، فالبيع بالمزاد لايجوز فيه استعمال حق الاسترداد كما لا تجوز الشفعة فيما سنرى ، إذ كان الشريك الذى يريد الاسترداد يستطيع أن يدخل فى المزاد فلا يمكن الأجنبي من رسو المزاد عليه ، فتخلفه عن ذلك رضاء ضمنى منه بأن يكون الأجنبي شريكا . والبيع بالمزاد الذى يمنع من استعمال حق الاسترداد هو الذى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، كما هو الأمر فى الشفعة[1] . فيدخل البيع بالمزاد الاختيارى إذ أن الشريك كان يستطيع الدخول فى المزاد ، ومن ثم لايجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لايجوز استعمال حق الشفعة .

ولا يجوز طلب الاسترداد إلا عند تمام البيع ، أما إذا كان البيع لايزال فى مرحلة الإيجاب ولم يتم قبوله ولو كان الإيجاب ملزما ، أو كان من باب أولى فى مرحلة تسبق مرحلة الإيجاب الملزم ، فإن الاسترداد يكون سابقا لأوانه .

وقد أكدت محكمة النقض المبادئ المتقدمة ، إذ قضت بعدم جواز الاسترداد فى أثناء إجراءات البيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة عينا ، « لأن الحكمة فى تخويل هذا الحق للشركاء هى منع تدخل الأجنبي فى الملكية الشائعة ، وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها فى البيع بالمزاد إذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبي من التدخل فى الشركة . كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسى لهذا البيع لايعتبر عرضا ملزما له بالثمن الذى حدده .. لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم إمكان القسمة عينا إنما هو للمزايدة »[2] .

---

(١) انظر المادة ١/٩٣٩(أ) مدنى – وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٠ ص ٢١٥ – حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ هامش ١ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩ ص ٤٥ .

٥١٨ – الشرط الثانى – ورود البيع على حصة شائعة فى منقول أو مجموع من المال : ويجب ثانيا أن يبيع الشريك حصته الشائعة ، كلها أو بعضها ، فى منقول أو مجموع من المال . وقد سبق بيان المقصود من المنقول والمجموع من المال[1] . وإذا باع الشريك كل حصته الشائعة ، فإن الأجنبى المشترى يحل محله فى هذه الحصة شريكا مع الشركاء الآخرين ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد ، حتى لا يقتحم أجنبى حرم الشركاء . وإذا باع الشريك بعض حصته الشائعة ، نصفها أو ربعها مثلا ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد ، إذ يدخل الأجنبى المشترى هنا أيضاً شريكا مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فإذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكا معه ، فإن الشركاء الآخرين لم يرتضوه .

ولابد أن يكون المبيع حصة شائعة ، أما إذا باع الشريك جزءاً مفرزا ، فإن المشترى لا يدخل شريكا بمجرد شرائه هذا الجزء المفرز . وسنرى أن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تجعل حقه موقوفا على نتيجة القسمة ، فإما أن يتثبت على الجزء المفرز الذى اشتراه إذا وقع هذا الجزء فى نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه إلى الجزء المفرز الذى آل إلى الشريك البائع بطريق القسمة . فهو فى جميع الأحوال لا يحصل إلا على جزء مفرز من المبيع بعد قسمته ، فلا يكون إذن شريكا فى الشيوع مع الشركاء الآخرين ، وتنعدم بذلك حكمة حق الاسترداد ، فلا يجوز إذن استعمال هذا الحق .

٥١٩ – الشرط الثالث – صدور البيع إلى أجنبى عن الشركاء : ويجب ثالثا أن يصدر البيع إلى أجنبى عن الشركاء ، لأنه لو صدر إلى شريك آخر لما كان فى ذلك ما يتضرر منه باقى الشركاء . فالمشترى شريك معهم ، وهو لا يزال معهم بعد أن اشترى الحصة الشائعة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبى يتضررون من دخوله بينهم . والأمر فى حق الاسترداد من هذه الناحية كالأمر فى الشفعة ، ففى الشفعة إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم دون طبقته (م ١/٩٣٧ مدنى) ، وفى

الفرض الذي نحن بصدده المشترى شريك أي له حق الاسترداد كسائر الشركاء . فيفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشائعة التي اشتراها .

ويترتب على أن الحكمة من حق الاسترداد استبعاد الأجنبي من الدخول بين الشركاء ، أنه إذا اشترى أجنبي الحصة الشائعة أو عدة حصص شائعة ، وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشائعة جميعا ، حتى يستبعدوا الأجنبي عن الدخول بين الشركاء . فلا يكفي إذن أن الشريك المسترد أو الشركاء المستردين يستردون من الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما تملكون في المال الشائع ، وإلا بقي الأجنبي شريكا بما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التي اشتراها . وهذا يتنافى مع الحكمة من حق الاسترداد[1] .

٥٢٠ — الشرط الرابع — المسترد هو أحد الشركاء : ويجب أخيراً أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو أحد الشركاء ، وهذا واضح فإن الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبي بينهم ، ولذلك يثبت لهم هم دون غيرهم الحق في الاسترداد . وكان الرأي السائد في عهد التقنين المدني السابق أن الشريك الذي يسترد يجب أن يكون شريكا أصليا أي شريكا منذ بدء الشيوع . فإذا خلف هذا الشريك الأصلي خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتر لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلي الحق في الاسترداد[2] . ولكن التقنين المدني الجديد ، لما أطلق لفظ « الشريك » ، لم يميز بين شريك أصلي وشريك غير أصلي ، فيجوز إذن لخلف الشريك الأصلي من وارث

---

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٢ — محمد على عرفة فقرة ٣١٤ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٨ — إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٩٠ — حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ — ص ١٥٨ .

أما إذا كان أجنبيان قد اشترى كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء ، فإنه يجوز لشريك ثالث أن يسترد من أحد الأجنبيين دون الآخر الحصة الشائعة التي اشتراها ، فقد يتضرر من دخول هذا الأجنبي شريكا ولا يتضرر من دخول الآخر .

(٢) استئناف وطني دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ — نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨ .

أو مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا فى الشيوع وقت البيع . وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصلى وشريك عارض »[1] .

وإذا اشترى أجنبي حصة أو حصصا شائعة ، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء ، فإن كل شريك منهم ، عند عدم الاتفاق ، يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة فى المادة ٢/٨٣٣ مدنى إذ تقول كما رأينا : « وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » .

والشريك وحده هو الذى يسترد ، فهذه رخصة له أو هى حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه[2] .

(ب) إجراءات الاسترداد

٥٢١ — ميعاد الاسترداد : يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، ويكون ذلك كما تقول المادة ١/٨٣٣ مدنى فيما رأينا « خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ إعلانه به » .

والذى يقع عملا هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة ، أو من اشترى منه هذه الحصة ، يبادر[3] إلى إعلان باقى الشركاء بالبيع . ولم يشترط القانون أن يكون هذا الإعلان رسميا على يد محضر كما اشترط ذلك فى الشفعة ، ومن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٩٨ — وانظر محمد على عرفة فقرة ٣١١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤ — إسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ — حسن كيرة فقرة ١٢٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ — محمد على عرفة فقرة ٣١١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤ — حسن كيرة فقرة ١٢٥ ص ٤١٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

ويجب أن يكون الشريك المسترد شريكا فى الملك أو على الأقل فى الرقبة ، أما الشريك فى حق الانتفاع فلا يجوز له الاسترداد لأن النص مقصور على الشيوع فى الملك ، وهو نص استثنائى لا يجوز التوسع فيه (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٧٣) .

(٣) ولم يعين القانون ميعادا للإعلان ، بل ترك ذلك ليقظة صاحب الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الإثبات على الشريك البائع والمشترى .

ومتى تم الإعلان للشركاء . فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشترى . وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع .

وليس إعلان البيع ضروريا . فقد لا يعلن الشركاء بالبيع ، ومع ذلك إذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع . فإن هذا الشريك يجب إذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بالبيع . وعبء إثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشترى . والعلم واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

فإذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الإعلان بالبيع أو من يوم العلم به بحسب الأحوال ، ولم يطلب أى من الشركاء الاسترداد[1] ، فقد سقط الحق فيه ، وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبى بيعا باتا لا يجوز الاسترداد فيه .

٥٢٢ — *كيف يحصل الاسترداد* : كل ما قاله القانون فى هذا الشأن هو أن الاسترداد يتم « بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى » (م ١/٨٣٣ مدنى) . فمن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، عليه أن يعلن ، فى خلال ثلاثين يوما من يوم إعلانه بالبيع أو من يوم علمه به ، كلا من البائع والمشترى أنه يسترد الحصة المبيعة . ولم يحدد القانون هنا أيضاً ، كما حدد للشفعة ، شكلا خاصا للإعلان . فيجوز أن يكون الإعلان على يد محضر وهذا هو الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو غير مصحوب به ، أو بكتاب غير مسجل ، بل قد يكون الإعلان شفويا على أن يكون عبء إثباته على الشريك المسترد .

ويجب على الشريك ، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، أن يعرض استعداده ، فى الإعلان الذى يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد

---

(١) أو طلب أحد الشركاء الاسترداد بإعلان وجهه فى الميعاد للبائع دون المشترى ، أو للمشترى دون البائع ، إذ أن طلب الاسترداد لا يعتد به إلا إذا وجه فى الميعاد القانونى إلى كل من المشترى والبائع .

والمصروفات . ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا ، بل ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة كما يجب الإيداع فى الشفعة . بل يكفى أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشترى إذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع[1] .

فإذا استرد الشريك الحصة الشائعة المبيعة على النحو الذى قدمناه ، بأن أعلن كلا من البائع والمشترى باسترداده لهذه الحصة وباستعداده لدفع المقابل ، فإنه لا يبقى بعد ذلك إلا أن يتسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل إما للبائع إذا كان هذا لم يتسلم شيئا من المشترى ، أو للمشترى نفسه إذا كان قد دفع الثمن للبائع .

وفى رأينا أنه لا حاجة إلى تنظيم دعوى قضائية بشىء من ذلك كما نظمت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلا بمجرد إعلانه لكل من البائع والمشترى على الوجه الذى قدمناه . ونستند فى ذلك إلى التفصيل الذى سنورده فيما يلى متعلقا بتحديد الوقت الذى يتم فيه الاسترداد .

٥٢٣ — متى يتم الاسترداد : فى رأينا ، كما قدمنا ، أن الاسترداد يتم بمجرد إعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المبيعة لكل من البائع والمشترى . فإذا تم الإعلان لكل من هذين الاثنين ، فقد تم الاسترداد ، وأصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته ، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار إذا كانت الحصة شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقارات . فإذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشترى ،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ – وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ مدنى (قديم) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن خلافا لما هو مقرر فى قانون الشفعة ، وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة إن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، إلا إن أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به . فإذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مختلفا عليه إلى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة فى ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٥ ص ١٥٢) .

من تسليمها إلى المسترد ، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم . وإذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات ، كان لصاحب الشأن ، البائع أو المشترى ، أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع . وهذا هو السبب ، فى رأينا ، فى أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التى تلى الإعلان بالاسترداد إن كان لها مقتض ، كما نظم دعوى الشفعة ، إذ ترك الدعوى القضائية فى الاسترداد خاضعة للقواعد العامة ، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالإعلان الذى يوجهه المسترد إلى كل من البائع والمشترى. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدنى صراحة على ذلك ، إذ تقول كما رأينا : « ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشترى » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإن أعلن المسترد رغبته فى الاسترداد واتفق الجميع ، حل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة، وعوض المسترد المشترى كل ما أنفقه . وإذا لم يتم الاتفاق ، تولت المحكمة الفصل فى الأمر »[1] . والذى تتولى المحكمة الفصل فيه هو إلزام المسترد بدفع الثمن وملحقاته إذا رفع البائع أو المشترى الدعوى بذلك على المسترد ، أو ثبوت حق المسترد فى الاسترداد وإلزام البائع أو المشترى بتسليم الحصة الشائعة المبيعة إليه إذا رفع هذا الأخير الدعوى بذلك على البائع أو المشترى . وتسرى القواعد العامة فى كل ذلك[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ .

(٢) وقد صرحت محكمة النقض ، حتى فى ظل التقنين المدنى السابق ، بتطبيق القواعد العامة فى الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة . فقضت بأن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة ، فيتعين أن تطبق فى هذا الصدد القواعد العامة . ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعا من الشفعة ، كانت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة . أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية ، فإنه – إذا كان واردا على خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لا يصح القياس عليه – لا يطبق على دعوى الاسترداد . وإذ كان فى الاسترداد ، كما فى الشفعة ، يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشترى فى جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات ، ويعتبر البيع كأنه تم مباشرة من البائع للمشترى ، فإنه يكون من اللازم إدخال البائع فى دعوى الاسترداد (لم يرد فى التقنين السابق كما ورد فى التقنين الجديد وجوب إدخال البائع والمشترى) كما يلزم فى دعوى الشفعة . أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشترى والبائع فى الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة ، فلا يسرى لأنه =

ولكن يلاحظ أن الاسترداد الذى تم على هذا الوجه استرداد معلق على شرط واقف ، هو دفع المسترد الثمن وملحقاته . فإن هو امتنع عن ذلك ، فى الميعاد الذى تحدده المحكمة إذا طلب إليها تحديد ميعاد ، جاز لأى من البائع أو المشترى أن يرفع دعوى على المسترد باعتبار الاسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف . ويؤيد ذلك العبارة الأخيرة التى وردت فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدنى ، فهى تجرى كما رأينا على الوجه الآتى : « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ، إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » . فحلول المسترد محل المشترى فى جميع الحقوق والالتزامات — وهذا هو عين الاسترداد — مشروط إذن بدفع المسترد الثمن وملحقاته ، وهذا هو المستفاد بوضوح من عبارة « إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

ونحن فيما قدمناه قد التزمنا نص التقنين المدنى الجديد ، ولم يورد هذا التقنين شيئاً عن دعوى الاسترداد يقابل النصوص التى أوردها فى دعوى الشفعة . وقد أثارت دعوى الشفعة كثيراً من النقاش سنعرض له فى موضعه ، وقد كفانا التقنين المدنى الجديد مؤونة ذلك فيما يتعلق بحق الاسترداد ، فلزم أن نخضع أى دعوى تتعلق بهذا الحق للقواعد العامة[1] .

= حكم استثنائى ، بل الذى يسرى هنا هو حكم القانون العام (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٢١٥) .

(١) ومع ذلك يبدو أن اتجاه الفقه المصرى هو فى جعل دعوى الاسترداد مماثلة لدعوى الشفعة ، من حيث إن كلا من الاسترداد والشفعة إذا لم يتم رضاء وجب أن يتم قضاء ، فالحكم بالاسترداد يعتبر على ما يظهر منشئاً لحق الاسترداد (انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ – عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤ ص ٢١٦ – محمد على عرفة فقرة ٣١٥ ص ٤٢١ – إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ – حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ – محمد حامد فهمى فى تعليقه فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٣ – ص ٢٤ هامش ١) .

وإذا سلمنا أن دعوى الاسترداد مماثلة لدعوى الشفعة من هذا الوجه ، فلابد من التسليم بأن القانون لم يحدد لدعوى الاسترداد مواعيد كما حدد لدعوى الشفعة ، فيجوز رفعها إذن فى أى وقت قبل تمام قسمة الشىء الشائع ، بشرط توجيه الإعلان بالاسترداد إلى كل من البائع والمشترى فى ميعاد الثلاثين يوماً المحدد فى المادة ٨٣٣/ ١ مدنى . ومع ذلك ذهبت محكمة النقض إلى اعتبار ميعاد الثلاثين يوماً المحدد للإعلان بالاسترداد ميعاداً أيضاً لرفع دعوى الاسترداد (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ : انظر فى نقد الحكم إسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ — =

ويجب فى الدعوى التى يرفعها المسترد بثبوت حقه فى الاسترداد اختصام البائع والمشترى معاً فى جميع مراحلها حتى مرحلة الطعن بالنقض. ذلك أن الأثر الذى يترتب على الاسترداد ، كما سنرى ، هو حلول المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع . فالخصوم فى الدعوى هم إذن من جهة المسترد الذى يطالب بثبوت حقه فى الاسترداد ، ومن جهة أخرى المشترى الذى يطلب المسترد أن يحل محله والبائع الذى يطالب المسترد أن يحل هو محل المشترى قبله[1] .

(ح) الآثار التى تترتب على الاسترداد

٥٢٤ — تكييف الاسترداد : ليس الاسترداد بإعادة بيع من المشترى إلى المسترد ، فيكون البائع باع حصته الشائعة إلى المشترى ، ثم باعها المشترى إلى المسترد ، كما ذهب بعض الفقهاء[2] . فإن هذا الرأى يتعارض مع الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى ، ويتعارض مع صريح النص فى التقنين المدنى المصرى فإن المادة ١/٨٣٣ من هذا التقنين تقول كما رأينا : « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » . فالاسترداد إذن هو إحلال المسترد محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع الشريك البائع . فهو حلول شخصى بموجبه أخذ المسترد مكان المشترى وأصبح هو المشترى مباشرة من البائع ، وأصبحت له جميع حقوق المشترى وعليه جميع التزاماته ، وذلك لا من وقت الاسترداد فحسب ، بل ينسحب هذا الحلول بأثر رجعى إلى وقت البيع

عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ ص١٧٦ . حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ هامش ٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١ . وانظر فى تأييده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤١ ص ٢١٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى عن الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى وتحل محلها صلة البائع بالمسترد . ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ، ويجب اختصام البائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى ، بما فيها مرحلة الطعن بالنقض (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١) .

(٢) انظر بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٢٦٧٤ — قارن فى تعليقه فى سيريه ٩٣—١—١٧

الصادر من الشريك البائع إلى المشترى فيكون للاسترداد أثر رجعى ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء إلى المسترد ، ويختفى شخص المشترى ، ولا يبقى إلا البائع والمسترد ، وكأن البائع كما قدمنا قد باع حصته الشائعة للمسترد منذ البداية[1] .

وهذا التكييف ، الذى ينص عليه صراحة التقنين المدنى المصرى (م ١/٨٣٣) كما سبق القول ، يقتضينا أن نبحث ، بعد أن يتم الاسترداد ، علاقة المسترد بالمشترى ، ثم علاقة المسترد بالبائع ، ثم علاقة المشترى بالبائع .

٥٢٥ — علاقة المسترد بالمشترى : يحل المسترد محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع ، ويكون هذا الحلول بأثر رجعى كما قدمنا . فيعتبر المسترد هو المشترى مباشرة من البائع ، ويحل محل المشترى لا من وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وكأن المسترد هو الذى اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية . وعلى ذلك تنتفى رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشترى ، وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — أى تصرف يكون قد أجراه المشترى فى الحصة الشائعة المبيعة يسقط

---

(١) وقد رأينا محكمة النقض تقضى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق من الالتزامات فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وانظر فى أن للاسترداد أثراً رجعيا : أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — پلانيول وريپير وموری وڤيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ — ريپير وبولانچيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ — أنسيكلوپيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٠ — فقرة ١٣٢٢ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٨ — إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ — وانظر فى نقد فكرة الأثر الرجعى وعدم ضرورتها وإمكان الاستغناء عنها بفكرة انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشترى حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٥ هامش ٣ و ٤ . ويلاحظ أن انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشترى معناه أن المسترد قد حل محل المشترى وأصبح خلفا للبائع لا للمشترى . ولا يتأتى هذا إلا إذا قلنا إن المسترد قد حل حلولا رجعيا محل المشترى . فالأثر الرجعى هو نفسه الذى يؤدى فكرة الاستخلاف بين المسترد والمشترى

ولا يحتج به على المسترد ، فتخلص للمسترد الحصة المبيعة خالصة من أى حق رتبه عليها المشترى. فإذا كان المشترى قد رهن الحصة الشائعة مثلا قبل الاسترداد أو رتب عليها حق انتفاع ، فبالاسترداد تؤول الحصة الشائعة للمسترد خالصة من حق الرهن أو حق الانتفاع[1] .

٢ – ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البائع ، فالمشترى لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذى يلتزم بهذا الضمان هو البائع . فإذا استحقت الحصة الشائعة ، رجع المسترد على البائع بالضمان . وإذا كان المسترد مهدداً بالاستحقاق ، فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشترى بالثمن وملحقاته ، لأن المشترى ليس هو الملزم بالضمان . وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن إذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشترى ، وذلك لأن البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا[2] .

٣ – الأصل أن المسترد يلتزم بدفع الثمن إلى البائع ، مادام المسترد معتبراً أنه اشترى مباشرة من هذا الأخير ، وإذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط وذلك على خلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها . ولكن إذا كان المشترى قد دفع الثمن إلى البائع قبل الاسترداد ، فعلى المسترد أن يرده إلى المشترى مع فوائده من يوم دفعه قياسا على استرداد الحق المتنازع فيه (م ١/٤٦٩ مدنى)[3] . وإلى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ – پلانيول وريپير وموري وڤيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ – إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ – حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ وهامش ٦٧ مكرر . بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ – پلانيول وريپير وموري وڤيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ – أنسيكلوپيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢١ – محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ – محمد على عرفة فقرة ٣١٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ – إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ – حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ – ص ٤٢٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٣) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٦ وهامش ٥٧ – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ – پلانيول وريپير وموري وڤيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ – أنسيكلوپيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٦ – إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٢ – حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

يدفع إلى المشترى ما تحمله من نفقات . كرسوم التسجيل والسمسرة ومصروفات الحفظ والصيانة وسائر مصروفات الإدارة . وفى مقابل كل ذلك يلتزم المشترى بأن يرد إلى المسترد الثمار التى حصل عليها من يوم البيع إلى يوم الاسترداد [1].

٥٢٦ — علاقة المسترد بالبائع : قدمنا أن المسترد يحل محل المشترى قبل البائع ، فيصبح هو المدين بالتزامات المشترى نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشترى ، وقد رأينا أن المادة ١/٨٣٣ مدنى تقول « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

١ — إذا لم يكن المشترى قد وفى الثمن للبائع ، فإن الملتزم بوفائه نحو للبائع هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وقدمنا أيضاً أن المسترد يحل محل المشترى فى نفس العقد وشروطه ذاتها ، فإذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المسترد ، وإذا كان الثمن مقسطا دفعه المسترد بالتقسيط ، وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفيع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن [2] . ويلاحظ أن الثمن إذا كان مؤجلا أو مقسطا ، واراد المسترد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط ، جاز للبائع أن يلزمه بتقديم تأمين كاف [3] .

ولا يلتزم المسترد نحو البائع إلا بدفع الثمن الحقيقى ، فإذا ثبت أن الثمن المذكور فى عقد بيع الحصة الشائعة هو أكبر من الثمن الحقيقى فليس عليه أن يدفع إلا الثمن الحقيقى ، وله أن يثبت صورية الثمن بجميع طرق الإثبات [4] .

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٦ وهامش ٥٧ — بلانيول وريبير ومورل وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٨ — إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ — ١٥٠ — بلانيول وريبير ومورل وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩١ — محمد على عرفة فقرة ١٣٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ — إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ .

(٣) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ — ص ١٥٠ — بلانيول وريبير ومورل وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ .

(٤) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٤ وهامش ٥ — بيدان وبيلا ٥ فقرة ٨٩٣ — بلانيول وريبير ومورل وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٨ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ — إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

٢ – ويلتزم البائع بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة إلى المسترد ، فتنتقل هذه الملكية مباشرة إلى المسترد ، وتنتقل الملكية إلى المسترد من وقت إبرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد ، فى الحصة الشائعة فى المنقول المعين بالذات . أما إذا كان المبيع حصة شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقار ، فلا بد لانتقال الملكية فى هذا العقار من التسجيل . فإن كان المشترى قد سبق له أن سجل عقد البيع ، فيكفى أن يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد أما إذا كان المشترى لم يسبق له التسجيل . فعلى المسترد أن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل إليه الملكية[1] . ومادامت الملكية تنتقل مباشرة من البائع إلى المسترد ، فالبائع هو الملتزم بضمان الاستحقاق . وقد سبق بيان ذلك[2] .

٥٢٧ – علاقة البائع بالمشترى : قدمنا أن المسترد يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، ويعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد وعلى ذلك تزول العلاقة التى كانت قائمة بين البائع والمشترى قبل الاسترداد ، ويكون زوالها بأثر رجعى فتعتبر كأن لم تكن ، ويبنى على ذلك ما يأتى :

١ – زوال الحقوق التى كانت للمشترى قبل البائع ، إذ أن هذه الحقوق قد أصبحت بالاسترداد للمسترد دون المشترى . فلا يجوز للمشترى ، بعد الاسترداد ، أن يطالب البائع بأى حق من هذه الحقوق . لا بنقل ملكية

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣١٦ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٤٩ – إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ – حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٥ – ص ٤٣٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

وإذا سجل المسترد صحيفة دعوى الاسترداد ، فإن الحكم بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من المشترى بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان هؤلاء سيئى النية أو حسنى النية ولا يكون الحكم بالاسترداد حجة على الغير إذا كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل . وذلك عن طريق قياس دعوى الاسترداد على دعاوى إبطال التصرف أو فسخه أو إلغائه أو الرجوع فيه ، فيما يتعلق بقانون الشهر العقارى (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ وهامش ١ – وقارن حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١) .

وإذا تعاقبت البيوع ، حصل الاسترداد من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها إذا تم البيع الثانى قبل إعلان المسترد رغبته فى الاسترداد . وذلك قياساً على أحكام الشفعة (م٩٣٨ مدنى) انظر حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٢٥ .

الحصة الشائعة المبيعة ، ولا بضمان الاستحقاق . والذى يطالب بذلك هو المسترد كما سبق القول .

٢ – زوال الالتزامات التى كانت فى ذمة المشترى للبائع إذ أن هذه الالتزامات قد أصبحت بالاسترداد التزامات فى ذمة المسترد كما قدمنا . ومن ثم لا يجوز للبائع ، بعد الاسترداد ، أن يطالب المشترى بالثمن إذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد . والذى يطالبه البائع بالثمن هو المسترد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣ – رجوع العلاقة ما بين البائع والمشترى إلى ماكانت عليه قبل البيع . فإذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائع والمشترى بشأن الثمن ، أو اتحدت ذمة البائع والمشترى ، فإن كل هذا يزول بالاسترداد ، ويرجع الحق الذى كان للمشترى فى ذمة البائع وسقط بالمقاصة إلى ماكان عليه ، كما يزول اتحاد الذمة [1] .

المطلب الثانى

تصرف الشريك فى شىء مفرز

§ ١ – تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع

٥٢٨ — نص قانونى : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى على ما يأتى :

« وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف »[2] .

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ – ص ١٤٩ – بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ١٩٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ٣٢٥ – حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٤/٢ من المشروع التمهيدى على الوجه —

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٧٨١ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٢/٨٣٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٦٢ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م . ٢[2] .

– الآتى : « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يجعل حكمه متفقا مع حكم الرهن فى المال الشائع من جهة ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى ، أى جعل حق المشترى يرد على العين المفرزة التى يختص بها البائع عند القسمة ، سواء كانت العين المبيعة أو غيرها . وجعل للمشترى الحق فى إبطال البيع فى حالة ما إذا كانت العين المفرزة هى غير العين المبيعة . وصار رقم النص ٢/٨٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٨٩٥ بعد استبدال لفظ « التصرف » بلفظ « البيع » ، فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ – ص ٨٣) .

(١) وفى عهد التقنين المدنى السابق ، كان تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفا موقوفا على نتيجة القسمة . فإذا وقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المتصرف أصبح تصرفه باتا ، أما إذا لم يقع فإنه يتبين أن التصرف فى الجزء المفرز قد صدر من غير مالك فيجوز للمتصرف إليه طلب إبطاله . ولا ينتقل التصرف ، كما ينتقل فى التقنين المدنى الجديد ، إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف . انظر نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠٧ ص ٧٦٠ – استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٣ ص ٧٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٦٢ : وإذا تصرف الشريك فى جزء من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب هذا الشريك .(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه إذا لم يقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن للتصرف أثر فى التقنين العراقى ، ولم ينتقل إلى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٠ : لا يجوز لأى شريك كان فى عقار شائع أن يستعمل حقه على كل العقار أو على جزء معين منه بدون رضاء سائر الشركاء الباقين . (والظاهر أن حكم التصرف فى الجزء المفرز من المال الشائع ، فى القانون اللبنانى ، لا يكون صحيحا إلا بموافقة جميع الشركاء) .

ويحسن ، قبل بحث هذه المسألة[1] ، أن نضعها وضعا عمليا مبسطا . فنفرض أن هناك أرضا شائعة بين شريكين لكل منهما النصف فى الشيوع ، وأن أحد الشريكين حدد جزءاً مفرزا من هذه الأرض بمقدار النصف وباعه مفرزاً ، متوقعا أن هذا الجزء المفرز الذى باعه هو الذى سيقع فى نصيبه عند القسمة . وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المشترى للجزء المفرز قد اعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء مفرزاً لا شائعا ، ولذلك أقدم على الشراء مطمئنا إلى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له .

(الفرض الثانى) أن يكون هذا المشترى عالما بأن الشريك البائع لا يزال فى حالة الشيوع ، وأن الجزء المفرز الذى باعه هذا الشريك لا يزال شائعا بينه وبين الشريك الآخر .

٥٢٩ — الفرض الأول — المشترى يعتقد أن البائع يملك المبيع مفرزا :
هنا يبين أن المشترى قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع ، إذ اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزاً لا شائعا . ومن ثم يكون البيع قابلا للإبطال للغلط ، ويجوز للمشترى طلب إبطاله وفقا للقواعد العامة إذا تقدم بالطلب قبل القسمة ، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها[2] . ويستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يجيز العقد ، فيصبح البيع صحيحا غير قابل للإبطال ،

---

(١) انظر فى هذا البحث حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فصلة من مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ – سنة ١٩٦٣ . وسنرمز لهذا البحث ، عند الإشارة إليه ، بالعبارة الآتية : حسن كيرة – فصلة من مجلة كلية الحقوق .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأيا فى حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع ، وترى المحكمة الأخذ بالرأى القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشترى كان عالما بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيمن يشترى عيناً مدة أن ينتفع بها فورا بغير منازع ، فجعل البيع موقوفا على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشترى بها (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧) . وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ – بنى سويف ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ .

ويكون حكمه حكم البيع الذى صدر لمشتر غير واقع فى الغلط ، مشتر يعلم أن الجزء المفرز الذى اشتراه مملوك للبائع على الشيوع . ونبين هذا الحكم فيما يلى .

أما بعد القسمة ، أى بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

أولا – يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، على ما توقع . وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء للمشترى بعد التسجيل . ولا يعود يستطيع إبطال العقد للغلط حتى لو كان لم يجزه . ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذى قصد إليه المشترى . وتنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه « ١ – ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ – ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد »[1] .

ثانيا – لا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، خلافا لما توقع . وعند ذلك يبقى البيع على حاله قابلا للإبطال ، إذا كان المشترى لم يجزه من قبل . ويستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط وفقا للقواعد العامة ، إذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية . وهذا ما قصدت إليه العبارة الأخيرة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، فقد قالت كما رأينا : « والمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » . ويلاحظ أنه يجوز للمشترى ، حتى فى هذه المرحلة ، أن يجيز البيع فينزل عن حقه فى طلب إبطاله للغلط . وعند ذلك ينقلب البيع صحيحا ملزما لكل من البائع والمشترى ، ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع إلى الجزء المفرز الذى وقع بالفعل فى نصيب البائع ، فتنتقل إلى المشترى ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل[2] .

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧١ – ص ١٧٢ .

(٢) حسن كيرة فقرة ١١٨ .

هذا ولما كان المفروض أن المشترى قد اشترى أرضا مفرزة من شريك لا يملك إلا فى –

وما قلناه فى البيع يقال فى كل تصرف آخر غير ناقل للملكية ، فنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى عام يشمل كل تصرف .

٥٣٠ — الفرض الثانى — المشترى يعلم أن البائع لا يملك المبيع إلا شائعا : هنا لا يكون المشترى واقعا فى غلط ، فهو يعلم عندما اشترى أن الجزء المفرز الذى اشتراه لا يملكه بائعه مفرزاً وإنما يملكه شائعا مع شريكه الآخر . والمشترى قد توقع ، كما توقع البائع ، أن هذا الجزء المفرز سيقع فى نصيب البائع عند القسمة ، فتخلص للمشترى ملكيته بفضل الأثر الكاشف للقسمة . ويجب لمعرفة حكم هذا البيع — وكل تصرف آخر ناقل للملكية غير البيع لأن

= فى الشيوع ، فإنه يكون ، فيما يتعلق بالسبب الصحيح ، قد اشترى من شخص لا يملك إلا حصة شائعة ، فيعتبر فى حكم المشترى من غير مالك بالنسبة إلى التملك بالتقادم القصير . ولما كان حسن النية ، فإنه إذا حاز الأرض المفرزة التى اشتراها مدة خمس سنوات ، فإنه يتملكها بهذا التقادم . وعلى هذا المبدأ استقر قضاء محكمة النقض ، فقد قضت هذه المحكمة ، بأنه إذا كان المشترى حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سببا صحيحا ، فإذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير ، حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين ، ولم يعد لهؤلاء الحق فى استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت أيضاً بأنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه إذا باع الشريك المشتاع جزءاً مفرزاً محدودا ، فإن بيعه يصلح أن يكون سببا صحيحا يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية . ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته ، وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله أو بعضه (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص٦٥٥ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٦ يونيه سنة١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٥٣) . وانظر فى هذا المعنى الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ ص ٣٠٥ هامش ١ — أنور سلطان فى البيع فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش ١ — سليمان مرقس ومحمد على إمام فى البيع فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٣ ص ١٦٤ — إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ . وانظر عكس ذلك وأن البيع لا يعتبر فى هذه الحالة سببا صحيحا : محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ — ص ٢٤٢ — حسن كيرة فقرة ١١٨ ص ٣٨٨ — ص ٣٩١ — وفصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٣١ — ص ٣٤ .

وإذا حاز المشترى جزءاً مفرزا فى منقول شائع ، وكان هذا الجزء المفرز قد بيع له من أحد الشركاء فى الشيوع دون الشركاء الآخرين ، فإن المشترى إذا كان حسن النية يملك الجزء المفرز الذى حازه ، لا بموجب عقد البيع ، بل بموجب الحيازة ، إذ الحيازة فى المنقول سند الملكية (إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٦) .

النص عام يشمل التصرفات جميعها – التمييز بين حكم التصرف قبل أن تتم القسمة وحكمه بعد أن تتم .

٥٣١ – حكم التصرف قبل أن تتم القسمة : لم تبين المادة ٢/٨٢٦ مدنى حكم التصرف قبل أن تتم القسمة ، واقتصرت على أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة ، فوجب إذن أن نطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القسمة . وقد سبق أن قلنا بيانا لهذا الحكم ، عند الكلام فى البيع ، ما يأتى : « إذا باع الشريك جزءاً مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء »[1]. ونضيف هنا أن البيع يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين فى كل الجزء المفرز المبيع ، ولكنه غير نافذ فى حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز . ولا يستطيع المشترى إبطال البيع ، لا بالنسبة إلى حصة البائع الشائعة فى الجزء المفرز المبيع لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشترى ليس واقعا فى غلط ، ولا بالنسبة إلى حصة الشريك الآخر الشائعة فى الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع فى هذه الحصة هو بيع ملك الغير[2]. وقد سبق أن قلنا فى تعليل هذا الشق الأخير ما يأتى : « وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فى أن هذه الحصص قد تقع فى نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشترى ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة »[3] . وهذا

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوع ، أن يبيع ملكه محددا مفرزاً ، وحالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٦٨ ص ٣٠١ هامش ٢ . وانظر شفيق شحاتة فقرة ١٤١ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٢ ص ١٦٢ – شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية ص ١١٣ –

هو معنى أن البيع يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين فى كل الجزء المفرز المبيع. أما معنى أن البيع يكون غير نافذ فى حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز فيظهر فى أن هذا الشريك الآخر ، إذا أنكر عليه المشترى حقه فى حصته الشائعة فى الجزء المفرز المبيع ، يجوز له أن يرفع دعوى استحقاق على كل من المشترى والشريك البائع يطالب فيها باستحقاقه لهذه الحصة الشائعة[1] . ولكن الشريك الآخر لايستطيع أن يطالب باستحقاق أية قطعة مفرزة فى الجزء المفرز المبيع ، لأنه لا يملك فى هذا الجزء المفرز إلا حصة شائعة[2] .

= وص ٤٦١ – إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٩ (وقارن ص ١٧٣ هامش ٢) – حسن كيرة فقرة ١١٨ (وقارن ص ٣٧٦ هامش ١) . وانظر عكس ذلك وأن للمشترى طلب الإبطال قبل القسمة على اعتبار أن البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين : سليمان مرقس ومحمد على إمام فى البيع سنة ١٩٥٤فقرة ٢٨٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠١ – ص ٢٠٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٢ – ص ١٧٣ .

(١) انظر عكس ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١ – ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ – ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ – وانظر فى هذا المعنى حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٣٥ – ص ٣٦ – ويفرع الأستاذ حسن كيرة على أن تصرف الشريك فى جزء مفرز يكون غير نافذ فى حق باقى الشركاء أن المتصرف إليه بنقل ملكية الجزء المفرز لا يدخل شريكا مع باقى الشركاء ، حتى ولو بموجب حصة الشريك المتصرف الشائعة فى الجزء المفرز الذى تصرف فيه . ويستخلص من ذلك النتائج الآتية : (أ) لا يكون من حق المتصرف إليه مشاركة باقى الشركاء فى إدارة الشىء الشائع أو التصرف فيه إدارة أو تصرفا يتقرر بالإجماع أو بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك المتصرف وحده . (ب) الشريك المتصرف وحده هو الذى يثبت له حق طلب القسمة ، ويجب اختصامه فى دعواها (انظر عكس ذلك نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ – استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦) . ولا يكون للمتصرف إليه حق رفع دعوى القسمة على باقى الشركاء ، ولا يجب على الشركاء الذين يرفعون دعوى القسمة اختصامه فيها بوصفه متقاسما ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا الوصف . (جـ) إذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة فى المال الشائع ، فليس للمتصرف إليه فى الجزء المفرز أن يطالب باستردادها أو بالشفعة فيها . انظر حسن كيرة فصلة من مجلة الحقوق ص ٣٧ – ص ٤٢ .

(٢) أنور سلطان فى البيع فقرة ٤١٦ ص ٤١٤ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٣ – إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٥ – حسن كيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩١ – عبد المنعم فرج الصدة =

هذا ويجوز ، قبل القسمة ، أن يقر الشريك الآخر البيع الصادر من الشريك الأول . وعند ذاك يصبح البيع نافذاً فى حقه فى حصته الشائعة ، وتخلص ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشترى بعد التسجيل . وقد يكون هذا الإقرار ضمنيا ، بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذى اختاره الشريك الأول ، ويعتبر الجزء المفرز الذى باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك فى كل الأرض الشائعة ، ويتصرف هو فى الجزء المفرز الآخر كما لو كان مالكا له كله . فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية ، واختص كل منهما بجزء مفرز فيها(١) .

٥٣٢ — حكم التصرف بعد أن تتم القسمة : فإذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

(الأمر الأول) أن يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، وحكم ذلك واضح ، ولذلك لم تعرض له المادة ٢/٨٢٦ مدنى . ذلك أن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص للمشترى بالتسجيل ، بعد أن وقعت فى نصيب

= فقرة ١٣٦ ص ٢٠٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٨ – وقارن نقض مدنى ١٦ ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ .

هذا وقد رأينا أن المشترى لجزء مفرز من المال الشائع لا يعتبر شريكا بحصة شائعة ، فلا يجوز له أن يسترد حصة شائعة لشريك آخر باعها هذا الأجنبى ، كما لا يجوز له أن يطلب بالشفعة هذه الحصة الشائعة فى عقار معين بالذات (نقض مدنى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩) . وإذا اشترى هذا المشترى بعد ذلك حصة شائعة فى العقار المعين بالذات ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، إذ أن المشترى لم يكن قبل شرائه للحصة الشائعة شريكا بموجب شرائه للجزء المفرز ، فلا يستطيع أن يحتج بأن الشفعة لا تجوز لشريك من شريك آخر مثله (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧) . وانظر إسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٩ هامش ٤ – حسن كيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩٦ – ص ٣٩٨ .

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٠٣ – إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢ . كذلك لو تلقى الشريك البائع ملكية حصة الشريك الآخر ببيع أو هبة أو ميراث مثلا ، فإنه يصبح هو المالك لكل الأرض ، وينفذ بيعه للجزء المفرز دون توقف على إقرار أحد (إسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧) .

الشريك البائع ، فاستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة . ولم يعد للشريك الآخر أى حق فى الجزء المفرز المبيع .

(الأمر الثانى) ألا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، بل يقع فى نصيبه الجزء المفرز الآخر ، وهذا هو الأمر الذى عرضت له المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، لأن هذا النص أراد أن يقرر حكما ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أن المشترى ، وقد ضاع عليه الجزء المفرز الذى اشتراه بالذات ، لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذى وقع فى نصيب البائع ، فمن حقه إذن أن يطالب فسخ البيع ، أو إبطاله باعتباره صادرا من غير مالك[1] . ولكن المادة ٢/٨٢٦ مدنى تقول كما رأينا : « وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع . ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . فتنتقل إذن ، بعد التسجيل ، ملكية الجزء المفرز الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك البائع إلى المشترى ، ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المبيع . ومن ثم يعتبر البيع واقعا ، لا على الجزء المفرز المبيع فى الأصل ، بل على الجزء المفرز الذى وقع بعد القسمة فى نصيب الشريك البائع . وتعليل ذلك واضح ، فإن المشترى وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى مقدما شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة كما سبق القول .

وقد طبق التقنين المدنى تطبيقا عمليا هذا الحكم فى الرهن الرسمى ، فنص فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى يطبق القواعد العامة ولا ينحرف عنها كما بينا (انظر آنفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش) . ولهذا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع ، كما إذا باع مالك الحصة الشائعة جزءاً مفرزا أو رهنه رهنا رسميا أو رهن حيازة ، فيكون البيع أو الرهن صحيحا إذا وقع هذا الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف . فإذا لم يقع فى نصيبه ، عد التصرف صادرا من غير مالك وأخذ حكمه ، إلا فى الرهن الرسمى فقد وردت فى شأنه أحكام خاصة لأهميته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١) .

الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً فى هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ؛ ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وسنبحث ذلك تفصيلا عند الكلام فى الرهن الرسمى ، ونجتزئ هنا بالقول إن هذا النص ليس إلا تطبيقا ، فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى سالفة الذكر . ويمكن نقل الإجراءات الواردة فيه إلى جميع التصرفات ، سواء كان التصرف رهنا رسميا أو رهن حيازة أو بيعا أو غير ذلك ، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى . ففى البيع الذى نحن بصدده ، ينتقل العقد إلى قدر من الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك البائع يعادل قيمة الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع أصلا . ولما كان المفروض أن القسمة قد فرزت الأرض الشائعة إلى جزئين مفرزين متعادلين ، فليس للمشترى أن يتضرر من أن يقع البيع على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك البائع . على أنه إذا كان هناك فرق فى القيمة ما بين الجزئين ، ولم يتفق المشترى والبائع على شىء فى هذا الأمر ، استطاع أى منهما أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالفرق : البائع إذا كان الجزء الذى وقع فى نصيبه أكبر أكبر قيمة من الجزء المبيع ، والمشترى إذا كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة . وعلى كل حال يجب أن يؤشر المشترى على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له ، حتى يكون هذا البيع نافذاً فى حق الغير منذ هذا التأشير[1] .

---

(١) فقد لا نستطيع هنا ، دون نص ، أن نعطى للمشترى مهلة التسعين يوما التى أعطاها القانون فى حالة الرهن الرسمى (عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٩ – وقارن حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٧٢) . ومع ذلك يذهب كثير من الفقهاء ، ولا نرى مانعا من الأخذ برأيهم ، إلى أن كل الإجراءات الواردة فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى ، ويدخل فى ذلك مهلة التسعين يوما ، تطبق فى الرهن الرسمى وفى غيره من التصرفات كالبيع (محمد على عرفة فقرة ٣٠٢ – سليمان مرقس ومحمد على إمام فى البيع فقرة ٢٨٦ ص٤٦٩ – إسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص١٧٥ – ص١٧٦)

§ ٢ – تصرف الشريك فى كل المال الشائع

٥٣٣ – المشترى يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع : وقد يتصرف أحد الشركاء وحده فى كل المال الشائع ، فيبيع ، فى المثل الذى أسلفناه ، أحد الشريكين كل الأرض . فإذا كان المشترى يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها ، فإنه يكون قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع . ومن ثم يجوز له أن يطالب إبطال البيع للغلط . وله كذلك أن يطالب إبطال البيع فى الحصة الشائعة التى للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها ، فيكون هذا هو بيع ملك الغير . والفرق بين هذه الحالة والحالة التى يبيع فيها الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع حيث لا يجوز للمشترى أن يطالب إبطال البيع فى الحصة الشائعة التى للشريك الآخر ، أنه فى هذه الحالة الثانية قدمنا أن هناك احتمالا أن يقع كل الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك فيه إلا النصف . ولذلك قررنا ، عند الكلام فى البيع ، أنه « إذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلا للإبطال فى حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير »[1] .

وإذا أجاز المشترى البيع ، لم يعد يستطيع الطعن فيه بالإبطال ، لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير . وإنما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع . وأياً كانت نتيجة القسمة فإن المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع .

ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذى للشريك الآخر ، فتخلص له ملكية المال الشائع كله ، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل إلى المشترى .

٥٣٤ – المشترى يعلم أن للبائع شريكاً فى المال الشائع : وإذا كان

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ ص ٣٠٣

المشترى يعلم وقت الشراء أن للبائع شريكاً فى المال الشائع ، امتنع عليه الطعن فى البيع للغلط . ويكون فى هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله ، لينقلها إليه .

فإذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله ، فقد تحقق ما توقعه هو وما توقعه المشترى معه ، وانتقلت ملكية المال الشائع كله إلى المشترى بالتسجيل . أما إذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله ، فإنه يكون للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع . وقد سبق أن قررنا ، عند الكلام فى البيع ، فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء فى المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع فى نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشترى الحق إما فى أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما فى فسخ البيع لتفرق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأى سبب من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة »[1] .

٥٣٥ — أثر تصرف الشريك فى حقوق باقى الشركاء : أما باقى الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير فى التصرف الذى يصدر من الشريك فى كل المال الشائع ، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة فى هذا المال . ولكن التصرف ينفذ فى حقهم بالنسبة إلى الحصة الشائعة التى للشريك البائع[2] .

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٦٩ — وانظر إسماعيل غانم فقرة ٧٨ — شمس الدين الوكيل فى التأمينات فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٥ — شفيق شحاتة فقرة ١٤٣ — حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٦٥ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ ص ١٩٩ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٥ — حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٣٦٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ .

وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩١ .

ومن ثم يحل المشترى محل الشريك البائع فى هذه الحصة ، ويصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء[1]. وليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشترى فى حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع فى هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها .

وقبل القسمة ، يملك بقية الشركاء مطالبة المشترى بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال ، بعد أن أصبح مملوكا لهم وللمشترى على الشيوع[2]. ولهم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع فى نصيبه ، ورجع المشترى على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئى بقدر حصص للشركاء الآخرين[3] .

الفرع الثانى
قسمة المال الشائع

٥٣٦ — الأصل عدم إجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع : بالرغم من أن التقنين المدنى الجديد قد نظم الملكية الشائعة تنظيما مفصلا ، فوضع قواعد عملية لإدارتها إدارة معتادة وإدارة غير معتادة وللتصرف فيها ، مما يجعل البقاء فى الشيوع ولو إلى حين أمراً غير شاق على عكس ما كانت عليه الحال فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن الشيوع منظما ، بالرغم من كل ذلك فإن البقاء فى الشيوع لا يزال أمراً غير مرغوب فيه ، ولا يجبر الشركاء عليه . فلا زال للشيوع مصدر متاعب ، وكثيراً ما يختلف الشركاء فى الشيوع ويغلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الاختلاف. ثم إن استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لاشك فى رجحانه على الاستغلال

(١) وقد رأينا أن الشريك إذا باع جزءاً مفرزاً فى المال الشائع ، فإن المشترى لا يعتبر شريكا بحصة شائعة مع الشركاء فى المال الشائع (انظر آنفا فقرة ٥٣١ فى الهامش) . أما هنا ، وقد باع الشريك كل المال الشائع ، فإنه يكون قد باع ضمنا حصته الشائعة فى هذا المال وخرج من عداد الشركاء فى الشيوع ، فيحل له المشترى فى حصته الشائعة ، ويصبح شريكا بدلا منه مع سائر الشركاء .

(٢) استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٧٠ وص ٣٠٥ هامش ١ .

الجماعى للشركاء فى الشيوع ، وفيه حافز قوى على العمل والابتداع . ومن ثم قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لإزالة الشيوع[١]، مالم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بموجب نص أو اتفاق .

ذلك أن الشريك فى الشيوع قد يجبر على البقاء فى الشيوع بموجب نص ، وهذا هو الشيوع الإجبارى[٢] . وسنرى أن القانون يقضى فى شأن هذا

---

(١) وإذا كانت القسمة هى السبب الرئيسى لإزالة الشيوع ، فإن هناك أسبابا أخرى غير القسمة تزيل الشيوع . من ذلك أن يكسب أحد الشركاء حصص باقى الشركاء جميعها ، أو يكسب أجنبى حصص جميع الشركاء ، بأى سبب من أسباب كسب الملكية كالعقد أو الميراث أو الوصية أو الشفعة أو التقادم . فتتجمع كل الحصص الشائعة فى يد مالك واحد ، ويترتب على ذلك أن يزول الشيوع . وكذلك قد يتحول الشيوع إلى شركة ذات شخصية معنوية ، فيملك الشخص المعنوى المال الذى كان شائعا ويزول الشيوع (بلانيول وريبير وبولانجيه ١فقرة ٣٠٥٢ – حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) – وفيما يتعلق بزوال الشيوع بالتقادم دون القسمة ، قضت محكمة النقض بأنه لا تلازم بين نفى القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحدا من الملاك المشاعين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وفى هذه الصورة لايوجد شيوع مع أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٧ ملحق المحاماة ٢٧ رقم ١١٦ ص ٢٨١) .

(٢) وهناك أيضاً نص فى قانون الولاية على المال يمنع من إجراء القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنين ، فقد نصت المادة ٤١ من هذا القانون على أنه « إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيما » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فى هذا الصدد : « وقد استق هذا الحكم من القانون المدنى الإيطالى ، وأريد منه إلى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم أن وقف القسمة مدى السنوات الخمس يجب أن يقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة ، أما إذا بلغ القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة ، فلا شك فى أن وقف الإجراءات يزول بزوال مقتضيه . فن المفروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر ، كما هو الشأن لو هبطت أثمان العقارات هبوطا جسيما فى فترة من الفترات ، وكان مآل هذا المال البيع لعدم إمكان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة ، وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ، ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن ، كما يتحقق فى حالة ما إذا كان القاصر شريكا فى متجر أو مصنع يتولى إدارته أحد الشركاء . . بيد أنه يلاحظ من ناحية أخرى –

لشيوع الإجبارى بأن « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » (م ٨٥٠ مدنى) . وسنبحث فيما يلى بالتفصيل الشيوع الإجبارى وأنواعه المختلفة »

وقد يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع بموجب اتفاق بينه وبين سائر الشركاء ، وهذا ما نتولى الآن بحثه .

٥٣٧ — جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة معينة — نص قانونى :
تنص المادة ٨٣٤ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه »[1] .

= أن النص الجديد لايتناول الا حالة الشيوع الناشئة من الميراث فى أموال بخصوصها ، فهو لايطبق على القسمة التى تكون نتيجة التصفية كما هو الشأن فى الشركات » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ٢ — ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص بعد أن حذفت منه الفقرة الثانية ، وأصبح رقمه ٩٠٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أعيدت الفقرة الثانية التى كانت لجنة المراجعة قد حذفتها ، ووافق مجلس النواب على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٩٠٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح مرة أخرى حذف الفقرة الثانية « بحجة أن القاعدة القانونية هى أن الاتفاق قانون المتعاقدين ، ولذا لا يصح الخروج عليها إلا لسبب يتعلق بالنظام العام ، ويجب احترام اتفاقات الشركاء فى هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية فى البقاء أو عدم البقاء فى الشيوع » . وعارض أحد الأعضاء هذا الاقتراح « قائلا إن من المصلحة إعطاء القاضى شيئا من السلطة ليتدخل فى بعض حالات الشيوع الضارة ، فالرخصة المنصوص عليها فى هذه الفقرة لها قيمتها ، والمفروض أن القاضى سيستعملها استعمالا معقولا ، وسيخضع فى ذلك لرقابة محكمة الاستئناف » . ولما أعادت اللجنة مناقشة الفقرة الثانية فى جلسة تالية « وافقت الأغلبية على حذفها « توخيا لاستقرار التعامل » . وقد أصبح النص بعد حذف الفقرة الثانية مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٣٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠ — ص ١٠٤) .

—

ويتبين من هذا النص أن كل شريك ، ما لم يكن فى شيوع إجبارى بموجب نص فى القانون ، وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة ، من حقه فى أى وقت مادام الشيوع قائماً أن يطلب قسمة المال الشائع . فإذا كان الشيوع قد زال بالقسمة ، لم يجز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى ، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيبا يجيز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأى وجه . كذلك لا يثبت الحق فى القسمة قبل ابتداء الشيوع . فاتفاق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول إليهم من تركته يكون باطلا باعتباره تعاملا فى تركة مستقبلة[1].

كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة ، وطوال هذه المدة . والذى يدعو الشركاء إلى الاتفاق على البقاء فى الشيوع دواع متنوعة . فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضى القسمة معه إجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص

— ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن تقنين المرافعات السابق كان يشتمل على نص هو المادة ٦٢١/٧١١ تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل شريك فى عقار مشاع أن يطلب قسمته ، ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك إلا ممن يكون أهلا للتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتتبع فى القسمة القواعد المقررة فى القانون المدنى » . ونص تقنين المرافعات يتفق فى حكمه مع نص التقنين المدنى الجديد ، إلا أنه يشترط أهلية التصرف .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٠ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٠ : لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع ، فلكل شريك أن يطلب القسمة ، وكل نص مخالف يكون باطلا .

م ٨٤١ : ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر . على أن المحكمة يجوز لها ، حتى فى هذه الحالة ، أن تأمر بحل الشركة والقسمة فى أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع – انظر أيضاً قانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ .

(والقانون اللبنانى يتفق مع القانون المصرى ، فيما عدا أن القانون اللبنانى يجيز للقاضى أن يأمر بالقسمة حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها للبقاء فى الشيوع) .

(١) بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٦٤٤ .

الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ، ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية ، على أن يبقوا جميعا فى الشيوع إلى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته . وقد يكون بين الشركاء فى الشيوع غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة ، فيتفق باقى الشركاء على البقاء فى الشيوع هذه المدة حتى يقدم الغائب . وقد يكون أمام الشركاء فى الشيوع مشروع لاستغلال المال أو لإجراء إصلاحات فيه وهو فى حالة الشيوع . فيتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لإنجاز الإصلاح المطلوب . وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان شائعة ، وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة ، فيستبقون بالاتفاق الشيوع لمدة معينة حتى تواتى فرصة ملائمة لبيع هذه الأعيان[1] . وهكذا نرى أن هناك أسبابا متنوعة قد تقتضى من الشركاء أن يبقوا فى الشيوع مدة معينة ، فيعمدون إلى الاتفاق فيما بينهم على البقاء فى الشيوع طوال هذه المدة[2] .

والاتفاق على البقاء فى الشيوع يقع عادة بين جميع الشركاء . ولما كان البقاء فى الشيوع عملا من أعمال الإدارة ، فالاتفاق عليه لا يقتضى من الشريك إلا أن يكون متوافراً على أهلية الإدارة ، فلا تلزم أهلية التصرف[3] . وليس من الضرورى أن يدخل فى الاتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء فى الشيوع ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا فى الاتفاق[4]. وقد رأينا مثلا لذلك فيما قدمناه من الاتفاق على البقاء فى الشيوع بين الشركاء إذا كان بينهم غائبون ، فلا يدخل هؤلاء فى الاتفاق ولا يكون ملزما لهم[5] .

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٣ ص ٦٧٠ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشيوع مقصورا على بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢٣٤٣ ص ٧٦٣) .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٩ مكررة .

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ Indivision فقرة ٢١٢ – إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ – حسن كيرة فقرة ٤٥١ ص ٤٥٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

(٥) والاتفاق على البقاء فى الشيوع ملزم للشريك الذى دخل فيه ، وخلفه العام والخاص . أى الوارث والمشترى حصة الشريك . ونص المادة ٨٣٤ مدنى صريح . كما رأينا . فى إلزام–

وقد رأينا أن المادة ٨٣٤ مدنى نعرض للاتفاق على البقاء فى الشيوع حداً أقصى للمدة هو خمس سنوات . حتى لا يجبر الشركاء على البقاء فى الشيوع إلا مدة معقولة . فإذا حدد الشركاء المدة التى يبقون فيها على الشيوع بسنة أو بأقل أو بأكثر . جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات . فإن حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الاتفاق مؤبدا ، أو حددوا مدة غير معينة[1] ، كانت المدة فى جميع هذه الفروض خمس سنوات لا تزيد[2] .

على أنه من الجائز ، إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة خمس سنوات . وانقضت هذه المدة ، أن يجددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة ، وهكذا . ولكن إذا كان قد انقضى من إحدى هذه المدد وقت يقل عن خمس سنوات ، كأن انقضى ثلاث سنوات . وعمد الشركاء إلى التجديد ، فإن التجديد فى هذه الحالة لا يجوز أن يكون إلا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت نهاية ثلاث السنوات التى انقضت ،

= الخلف . ولما كان النص مطلقا ، فإن الخلف الخاص (المشترى) يلتزم بالاتفاق سواء كان يعلم وقت الشراء بوجود الاتفاق أو لم يعلم . وهذا على خلاف القاعدة العامة فى الخلف الخاص ، الذى لا ينتقل إليه التزام سلفه إلا إذا كان عالما به وقت التعاقد مع هذا السلف . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ هامش ٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ – عكس ذلك حسن كيرة فقرة ١٣٧ ص ٤٥٦ هامش ٢ .

(١) ومثل تحديد مدة غير معينة أن يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع حتى موت أحدهم (الأم أو الأب مثلا) (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١) . كذلك تكون المدة خمس سنين إذا لم يحدد الشركاء فى الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة أصلا (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١ – ص ٦٧٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٧٩٧ – بلانيول وريبير وموري وفيالتون فقرة ٤٨٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد يتفق الشركاء فى الشيوع المعتاد على البقاء فيه إلى أجل يجب ألا يزيد على خمس سنين . فإن زاد أنقص إلى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١) . وجاء فى المادة ١٠٧٠ مدنى عراقى : « فإذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنين » .

أما إذا تبين أن الشركاء ، وقد تعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، ما كانوا ليتعاقدوا لو أن المدة كانت خمس سنوات فقط ، فعند ذلك يكون التعاقد كله باطلا تطبيقا للمادة ١٤٣ مدنى (إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ – ص ٢٠٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ – حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨) .

لا من وقت انقضاء خمس السنوات التي كان الاتفاق قد تم عليها . فتجديد المدة معناه هنا إذن استبدال المدة الجديدة بالباقي من المدة القديمة[1] . ولو قلنا بغير ذلك لأمكن الشركاء بطريق غير مباشر أن يتعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، بأن يتعاقدوا أولا على خمس سنوات وفي اليوم التالي مثلا يتعاقدون على خمس سنوات أخرى ، فيصلوا بذلك إلى التعاقد على عشر سنوات[2] .

وقد قدمنا[3] أن قسمة المهايأة المكانية لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات لأن الشركاء يبقون في الشيوع في خلال هذه المدة ، ولا يقتسمون إلا المنفعة . فإذا زادت مدة المهايأة على خمس سنوات ، كان في هذا إجبار للشركاء على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات[4] . وهذا ما يخالف المادة ٨٣٤ مدني التي نحن بصددها[5] .

---

(١) بودري وڤال في المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ – أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٦ – بلانيول وريبير وموري وڤيالتون فقرة ٤٨٩ – بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٢٧٩٨ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٢٦ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٥١ ص ١٨١ – إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ – حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أن الاتفاق على البقاء في الشيوع لمدة خمس سنوات ، إذا تضمن شرطا يقضي بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسري إلا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائي (بودري وڤال في المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ ص ٦٧٧) . فإذا انقضت مدة خمس السنوات ، جاز للشريك أن يعارض في التجديد ، وبذلك لا يكون ملزما لمدة تزيد على خمس سنوات . أما إذا كانت المدة الأصلية ثلاث سنوات مثلا ، وتضمن الاتفاق شرطا بالتجديد سنتين أخريين ، جاز ذلك ، إذ كان في الإمكان الاتفاق على خمس سنوات منذ البداية (حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٩٢ .

(٤) محمد علي عرفة فقرة ٣٣٨ – وقارن إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ – حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٩ – ص ٤٦٠ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ .

(٥) ويجوز للشركاء تحويل الشيوع إلى شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ، وتكون هي المالكة للمال ما بقيت شخصيتها قائمة ولو زادت المدة على خمس سنوات (أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧ – بلانيول وريبير وموري وڤيالتون فقرة ٤٩١ – إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ – حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) .

وليس من الضرورى أن يكون مصدر التزام الشركاء بالبقاء على الشيوع اتفاقا فيما بينهم وحدهم ، فيصح أن يكون اتفاقا بينهم وبين السلف الذى تلقوا منه المال الشائع ، كما إذا وهب شخص مالا لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلا . كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع ، واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات لباعث مشروع . وتستخلص هذه الأحكام من المادة ٨٢٣ مدنى التى تجيز ، كما رأينا ، فى عقد هبة أو فى وصية أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به ، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف[1] .

وقد كان مشروع المادة ٨٣٤ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ،

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ – وانظر فى معنى عدم الجواز محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٧ – محمد على عرفة فقرة ٣١٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥١ – حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٨ – ص ٤٥٩ .

أما فى فرنسا ، فيفرقون بين الهبة والوصية . فى الهبة – وهى اتفاق – يجوز اشتراط البقاء فى الشيوع طبقا لأحكام المادة ٨١٥ مدنى فرنسى . ويختلف الأمر فى الوصية ، فهى ليست اتفاقا ، ونص المادة ٨١٥ لا يجيز المنع (prohibition) من القسمة مهما قلت المدة ، ويجيز الاتفاق (convention) على البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٦) . وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يجيز شرط البقاء فى الشيوع فى الوصية (ديمولومب ١٥ فقرة ٥١١ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧) – وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يفرق بين النصاب الجائز الإيصاء به فيجوز فيه أن تتضمن الوصية شرط البقاء فى الشيوع ، وبين ما لم يدخل فى هذا النصاب فلا يجوز فيه للمورث أن يترك وصية يلزم بها الورثة البقاء فى الشيوع (نقض فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٠ جازيت دو باليه ١٩٤١ – ١ – ١٧ – وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٨٠٤) .

إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك»[1] . وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء في الشيوع اتفاقا بالغ المرونة . فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، ويمكن المد فى أجله ، بل يمكن الإلزام بالبقاء في الشيوع حتى لو لم يوجد اتفاق على ذلك أصلا ، إذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء [2] . ولما كان النص على هذا النحو يجعل من اليسير التحلل من شرط البقاء على الشيوع ، فقد حذفته لجنة مجلس الشيوخ « توخيا لاستقرار التعامل »[3]. فأصبح الاتفاق على البقاء فى الشيوع ، على الوجه الذى سبق بيانه ، ذا قوة ملزمة ، وتجب مراعاة الأجل المحدد فيه فلا يزيد ولا ينقص [4] .

٥٣٨ — أنواع القسمة : ويستخلص مما قدمناه أن كل شريك له أن يطلب قسمة المال الشائع فى أى وقت مادام الشيوع قائما ، وذلك ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بنص فى القانون أو بموجب اتفاق على النحو الذى بيناه .

والقسمة يمكن تقسيمها إلى أنواع مختلفة . فهى تنقسم أولا إلى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) وقسمة نهائية (partage definitif) . فالقسمة

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٠١ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٤) أما إذا لم يكن هناك اتفاق على البقاء فى الشيوع ، فالأصل أن للشريك كما قدمنا حق طلب القسمة مادام الشيوع قائما ، ومع ذلك لا يجوز التعسف فى استعمال هذا الحق . فإذا طلب الشريك القسمة فى وقت غير مناسب وكانت القسمة فورا تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو ، فإن للقاضى رفض طلبه وإبقاء الشيوع إلى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء ، وقد يستعيض القاضى عن القسمة النهائية فى الحال بقسمة مهايأة تبقى إلى أن يحين الوقت المناسب للقسمة النهائية . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ١٣٧ — وانظر عكس ذلك إسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ — ص ٢٠٧ .

وقد مر بنا تطبيق تشريعى لهذا المبدأ ، إذ تنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه « إذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيما » (انظر آنفا فقرة ٥٣٦ فى الهامش) .

المؤقتة هى قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية على التفصيل الذى قدمناه[1] . وهى قسمة منفعة لا قسمة ملك . ولذلك لا تبقى إلا لمدة معينة ، ومن ثم سميت بالقسمة المؤقتة . أما القسمة النهائية فهى قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب ، وإذا تمت فإنها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة المؤقتة . ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط أو معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط ، فإنها فى هذه الحالة تزول بأثر رجعى وتعتبر كأن لم تكن ، ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة (partage provisoire) . فهناك إذن فرق بين القسمة المؤقتة (provisionnel) والقسمة غير الباتة (provisoire) . فالأولى لا تبقى إلا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعى ، فى حين أن الثانية تبقى دائماً أو تزول بأثر رجعى ، فهى إما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن.

والقسمة النهائية إما أن تكون قسمة كلية (partage total) أو قسمة جزئية (portage partiel) ، وإما أن تكون قسمة عينية (partage en nature) ، أو قسمة تصفية (partage par licitation) ، وإما أن تكون قسمة اتفاقية (partage conventionnel,amiable) أو قسمة قضائية (partage judiciaire) .

فالقسمة الكلية هى القسمة التى تتناول جميع الأموال الشائعة . فتقسمها كلها بين الشركاء . وتفرز نصيب كل منهم فى جميع هذه الأموال . وهذا هو الأصل فى القسمة النهائية . ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية ، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها . أما ما بقى من الأموال فيبقى شائعاً على حاله . وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء فى جميع الأموال الشائعة ، وإبقاء سائر الشركاء على الشيوع فى جميع الأموال التى تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز[2].

والقسمة العينية هى قسمة الأموال الشائعة عيناً . فيفرز نصيب كل شريك فى نفس الأموال الشائعة . وهذا هو أيضاً الأصل فى القسمة النهائية . ويكون

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ – فقرة ٤٩٤ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٦ هامش ٥ ثالثاً – حسن كيرة فقرة ١٣٠ . وقد تكون القسمة بتقسيم الأموال الشائعة إلى مجموعتين أو أكثر ، يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء ، فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق . وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات أو قسمة الفئات (منصور مصطفى منصور فقرة ٧١) .

الإفراز إما بطريق التجنيب (attribution)، أو بطريق القرعة (tirage au sort)(١).
وقد تكون القسمة العينية بمعدل (soulte) ، إذا لم تتيسر إلا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيبا أكبر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل مبلغا من النقود يعدل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم . أما إذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيبا مفرزاً من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة ، كانت هذه القسمة هى القسمة العينية بغير معدل .
وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل ، فلا يكون هناك إذن سبيل لقسمة المال الشائع إلا عن طريق التصفية . والتصفية معناها بيع المال الشائع فى المزاد ، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة . ولما كان الثمن الذى يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود ، فإن قسمته بين الشركاء تكون دائما ممكنة . فإذا اتفق الشركاء فيما بينهم على أن مزاد المال الشائع ينحصر فيهم ، فلا يدخل فى المزايدة أجنبى عنهم ، فهنا يكون رسو المزاد على أحد الشركاء قسمة بطريق التصفية . أما إذا لم يتفق الشركاء على انحصار المزاد فيهم ، فإنه يجوز عند ذلك أن يدخل فى المزاد الشريك والأجنبى . فإن رسا المزاد على شريك ، كانت القسمة هنا أيضاً قسمة بطريق التصفية . وإن رسا المزاد على أجنبى ، لم يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية ، بل يكون بيعا عاديا صدر من جميع الشركاء إلى الأجنبى عن طريق المزاد .

والقسمة النهائية — كلية كانت أو جزئية ، عينية كانت أو قسمة تصفية — تكون إما قسمة اتفاقية ، أو قسمة قضائية . فتكون قسمة اتفاقية إذا اتفق جميع الشركاء على إجرائها بالتراضى دون الالتجاء إلى القضاء ، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها . كما يتفقون ، إذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد ، على أن تكون المزايدة رضائية . فإذا لم يتيسر الاتفاق ، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة إلا عن طريق الالتجاء إلى القضاء ، وهذه هى القسمة القضائية .

---

(١) ويكون الإفراز أيضاً بطريق التجميع بأن يتجمع نصيب الشريك فى شىء مفرز واحد ، أو بطريق التفريق بأن يتفرق نصيب الشريك على جميع الأموال الشائعة فيأخذ الشريك جزءا مفرزاً فى كل مال منها .

وقد سبق الكلام فى القسمة المؤقتة ، وهى قسمة المهايأة . ونتولى الآن بحث القسمة النهائية . فنتكلم فى مسألتين : (١) كيف يتم إجراء القسمة . (٢) ما يترتب على القسمة من الآثار .

المبحث الأول

كيف يتم إجراء القسمة

٥٣٩ — القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية : إجراء القسمة . سواء كانت كلية أو جزئية ، وسواء كانت عينية أو بطريق التصفية ، يختلف فى القسمة الاتفاقية عنه فى القسمة القضائية . فنبحث إذن إجراء كل من القسمتين الاتفاقية والقضائية . ونبحث بعد ذلك ما لدائنى الشركاء من حق التدخل فى القسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، حماية لمصالحهم .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

٥٤٠ — نص قانونى : تنص المادة ٨٣٥ مدنى على ما يأتى :

« للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون »[1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥١ / ٥٤٨[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٤ — ص ١٠٥) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٥١ / ٥٤٨ : وفى جميع الأحوال الأخر ، يجوز للشركاء الذين لهم أهلية التصرف فى حقوقهم ، إذا اقتضت الحال قسمة أموال مشتركة ، أن يباشروا القسمة بالطريقة التى يرضونها ، إذا كانوا متفقين بأجمعهم عليها .

—

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٨٩ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧١ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٩٢٢ و ٩٤١[١] .

ويتبين من هذا النص أن القسمة الاتفاقية هى عقد تسرى عليه أحكام العقود بوجه عام . وسنرى ، إلى جانب ذلك . أن هناك أحكاما خاصة بنقض القسمة الاتفاقية للغبن .

§ ١ - كيف يتم إجراء القسمة الاتفاقية

٥٤١ — القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود : والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحله

= (ولا خلاف فى الحكم ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق فى المادة ٤٥٢/٥٤٩ منه كان يوجب أن تكون القسمة قضائية فيما إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو محجوراً عليه أو غائبا) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧١ : ١ - للشركاء ، إذا لم يكن بينهم محجور ، أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التى يرونها . ٢ - لا تتم القسمة الرضائية فى العقار إلا بالتسجيل فى دائرة الطابو . ٣ - لدائنى كل شريك أن يطعنوا فى القسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصالحهم .

(وحكم التقنين العراقى يتفق بوجه عام مع حكم التقنين المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٢ : تجرى القسمة بين الشركاء فى شركات العقد أو الملك ، إذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف فى حقوقهم ، وفاقا للطريقة المعينة فى عقد إنشاء الشركة أو الطريقة التى يتفقون عليها ، إلا إذا قرروا بالإجماع إجراء التصفية قبل كل قسمة .

م ٩٤١ : عند نهاية التصفية فى الحالة المنصوص عليها فى المواد السابقة وفى جميع الأحوال الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة ، يجوز للشركاء المالكين حق التصرف فى حقوقهم أن يشرعوا فى القسمة على الطريقة التى يرونها مناسبة ، بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع — ويحق لجميع الشركاء ، حتى الذين لا يد لهم فى الإدارة ، أن يشتركوا مباشرة فى أعمال القسمة (عدلت بقانون ٢١ كانون سنة ١٩٥٤) . انظر أيضا م ٩٤٢ وقد عدلت بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ . (وحكم التقنين اللبنانى يتفق فى موضوعه مع حكم التقنين المصرى ، إلا أن المشرع اللبنانى ، فى حالة المحجور والقاصر ، يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة للقسمة ، أما فى القانون المصرى فالرقابة سابقة ولاحقة : م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال — وفى القانون اللبنانى تشمل الرقابة الولى والوصى ، ولا تشمل فى القانون المصرى إلا الوصى — انظر فى ذلك حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥) .

المال الشائع . ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العقود . فلابد من تراضى الشركاء . وتوافر الأهلية . وخلو الإرادة من العيوب . واستيفاء المحل لشروطه . ووجود سبب مشروع .

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف . كما إذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما إذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء . كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ ، كما إذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا تحول المال الشائع من أرض زراعية إلى أرض للبناء فى خلال مدة معينة .

وإذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون بعض . فإن الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها . حتى إذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة فى حق الجميع[1] . وقد يجعل إقرار الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرطا واقفا أو شرطا فاسخا فى القسمة[2] .

وتخضع القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الإثبات . فإذا زادت قيمة المال الشائع الذى دخل القسمة على عشرة جنيهات . كما هو الغالب . فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة . أما إذا لم تزد القيمة على عشرة جنيهات . فإنه يجوز إثبات القسمة بالبينة والقرائن .

وقد قدمنا أن المادة ٨٤٦ / ٢ مدنى تقضى بأنه إذا دامت قسمة المهايأة المكانية خمس عشرة سنة . انقلبت قسمة نهائية . ما لم يتفق الشركاء على غير

---

(١) نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٥١ – ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٣ ص ٢٧٦ – ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٣ ص ١١٥٢ – ويعتبر عقد القسمة . بالنسبة إلى من لم يقره من الشركاء ، إيجابا موجهاً إلى هؤلاء . فيكون لهم أو لورثتهم إقرار القسمة بقبولهم إياها . ولكن هذا الإيجاب يبقى قائما المدة المحددة له أو المدة المعقولة . وفقاً لأحكام المادة ٩٣ مدنى (انظر إسماعيل غانم فقرة ص ٢٠٩ هامش ٢) .

(٢) وذلك فيما إذا لم يعتبر عقد القسمة إيجابا موجها لمن لم يقره من الشركاء ، كما سبق القول . أما القسمة التى تتم بين بعض الشركاء وتتناول كل المال الشائع ، فتهدر عمدا أو خطأ نصيب الشركاء الذين لم يشتركوا فى القسمة . فتكون بداهة باطلة (بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٨ ص ٦٣٠ – ص ٦٣١ – بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٤ – إسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢١٠) .

ذلك . فالتراضى هنا لم يقع ابتداء على قسمة نهائية . وإنما وقع على مهايأة مكانية موقتة . ومع ذلك تنقلب هذه القسمة الموقتة . بحكم القانون لا بحكم التراضى ، إلى قسمة نهائية إذا دامت خمس عشرة سنة ولم يكن الشركاء قد اتفقوا من قبل على أن المهايأة لا تنقلب إلى قسمة نهائية . وقد سبق تفصيل القول فى ذلك[1] ، ونكتفى هنا بالإشارة إلى أن المهايأة المكانية التى انقلبت إلى قسمة نهائية ليست بقسمة اتفاقية ، فلا يجوز نقضها للغبن كما تنقض القسمة الاتفاقية . وهى فى الوقت ذاته ليست بقسمة قضائية . وإنما هى قسمة وقعت بحكم القانون .

أما القسمة الفعلية (partage de fait) فهى قسمة اتفاقية ، يجوز نقضها للغبن والقسمة الفعلية تقوم على اتفاق بين الشركاء ، ولكنه ليس اتفاقا صريحا ، بل هو اتفاق ضمنى . فيتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ، كل منهم يتصرف فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع . فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه[2] . ويكتفى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩٢ .

(٢) وللمحكمة أن تستخلص الإرادة الضمنية فى القسمة الفعلية من ظروف الحال . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات متتالية ، ومما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة – استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه إلى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون فى شىء (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسساً على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون إذا هو لم يستند إلى دليل كتابى (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم ، إذ قضى بأحقية المدعى –

فى تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء متعاقبين . وفى نقض هذه القسمة للغبن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء بوقت إبرام التصرف الأخير ، إذ أن القسمة الفعلية لم تتم إلا وقت إبرام هذا التصرف[1] .

٥٤٢ — للشركاء اختيار طريقة القسمة الاتفاقية : وقد رأينا [2] أن المادة ٨٣٥ مدنى تنص على أن « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها ... » . فللشركاء إذن اختيار الطريقة التى تتم بها القسمة الاتفاقية . فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، فيفرزون نصيب كل منهم عينا فى المال الشائع . وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل . أو تكون بغير معدل . وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب ، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال فى الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم فى المال الباقى ، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون فى الشيوع فيما بقى من المال بعد التجنيب .

= إلى الزراعة المحجوز عليها ما عدا المقدار الخاص بشريكته الحاجزة وبإلزامه المحجوز عليه بتوقيع الحجز على حصة شائعة فى محصولات جميع الأعيان وبإلزامها بالتعويض ، قد استخلص استخلاصا سائغا أن القسمة بين الشريكين حصلت فعلا وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها ، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر الذى قضى بالتعويض من أجله ، فإن هذا كاف ولا يكون الحكم قد شابه القصور (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ١١٤٩) .

وقضت محكمة النقض ، من جهة أخرى ، بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية — التى أثبتها خبير الدعوى — استحداث مبان بالمنزل — غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ، ووجدت فى تقرير الخبير وأوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ، فإن النعى على الحكم بالقصور يكون فى غير محله (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٠٥) .

وانظر أيضاً نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ — استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٥١ ص ٣٨٤ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٥ — ١٠ يونيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥ — وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٤ — حسن كيرة فقرة ١٤٠ .

[1] إسماعيل غانم فقرة ٩١ ص ٢١٥ .

[2] انظر آنفا فقرة ٥٤٠ .

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية . وبخاصة إذا كان يتعذر قسمة المال عينا . ويتفقون على بيع المال الشائع . كله أو بعضه . فى المزاد . ويقتسمون ثمنه . وما عسى ألا يباع من المال يبقى شائعا فيما بينهم أو يقتسمونه عينا . وقد يختارون البيع بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك . فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد إلا إذا اختلفوا . وإذا باعوا المال الشائع بالمزاد . فقد يتفقون على ألا يدخل المزاد إلا شريك منهم . وإذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبي أن يدخل فى المزاد . وفى جميع الأحوال إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة . أما إذا رسا على أحد الشركاء فإنه يعتبر قسمة تصفية .

٥٤٣ — وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء :
فإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدنى كما رأينا مراعاة الإجراءات التى فرضها القانون . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة إذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب .

فقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتى : « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .. ». ونصت المادة ٧٩ من نفس القانون على أن « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصرين من أحكام » .

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن إجراء القسمة اعتبر أمراً له خطره ، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الإدارة المعتادة . وألحق بالتصرفات[1]. ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب ، بل يجب على أى من هؤلاء أن يحصل على إذن من المحكمة كما هو الأمر فى

---

(١) قارن استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٧ (وقد أجاز الحكم للناظر الموقف طلب القسمة باعتبار أن القسمة لا تعتبر من أعمال التصرف) .

شأن أعمال التصرف[1]. أما الولى ، فلأنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف لا يستأذن فيها المحكمة ، فقد أعفى فى القسمة من الحصول على هذا الإذن وجاز له أن يستقل بها[2]. وإذا طلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب إذن المحكمة فى القسمة الاتفاقية ، فعلى المحكمة أولا أن تقدر ما إذا كانت هذه القسمة فى مصلحة المحجور . ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية . فإذا ما قدرت أن القسمة الاتفاقية فى مصلحة المحجور ، فعليها أن تعين الأسس التى تجرى عليها هذه القسمة والإجراءات التى يجب اتباعها فيها . وإذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وبموجب هذه الإجراءات ، فعلى الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية إلى المحكمة ليعرض عليها القسمة التى تمت ، فإذا استوثقت المحكمة من أن الأسس التى وضعتها قد التزمت ، ومن أن الإجراءات التى رسمها قد روعيت ، وتثبتت بوجه خاص من عدالة القسمة فى ذاتها ، فإنها تأمر بإنفاذها . ولها فى جميع الأحوال ، حتى فى هذه المرحلة ، أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية إلى القسمة القضائية إذا لم تطمئن إلى القسمة الاتفاقية التى تمت[3].

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٥٢/٥٤٩) لا يكتفى بإذن المحكمة ، بل يوجب ، على غرار القانون الفرنسى ، أن تكون القسمة قضائية . وإلى هذا الحكم أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « أما إذا لم ينعقد الإجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية ، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٥) . وغنى عن البيان أن المذكرة الإيضاحية قد أخطأت إذ نسبت الحكم الذى كان معمولا به فى التقنين المدنى السابق إلى التقنين المدنى الجديد . انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ – إسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١ .

(٢) وهذا الحكم لا شك فيه إذا كان الولى هو الأب ، وقد أطلقت يد الأب فى التصرف فى مال ابنه فيما عدا قيودا ليست القسمة من بينها . أما إذا كان الولى هو الجد ، فقد نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . فمنع الجد من التصرف إلا بإذن المحكمة ، فإذا ألحقنا القسمة بأعمال التصرف ، وجب على الجد الحصول على إذن المحكمة فى قسمة مال الصغير .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال . وقد قضت محكمة النقض بأن إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد =

٥٤٤ — وجوه الطعن فى القسمة الاتفاقية : ولما كانت القسمة الاتفاقية، كما قدمنا ، عقداً تسرى عليه أحكام سائر العقود ، فإن وجوه الطعن فيها هى نفس وجوه الطعن فى العقد .

فقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق ، كما إذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون تعاملا فى تركة مستقبلة ، ومن ثم يكون باطلا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان[1] .

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالإبطال لنقص الأهلية . فإذا كان أحد الشركاء قاصراً مثلا ، ولم تراع الإجراءات التى أسلفنا ذكرها فى القسمة[2] ، جاز لهذا الشريك أن يطلب إبطال القسمة وفقا للقواعد العامة[3] .

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة . فإذا وقع الشركاء مثلا فى غلط جوهرى فى قيمة أحد أعيان الأموال الشائعة ، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها إلى حد كبير ، جاز للشريك الذى وقعت فى نصيبه هذه العين إذا قدرت بأكثر من قيمتها ، أو للشركاء الآخرين إذا قدرت بأقل من قيمتها ، طلب إبطال القسمة الاتفاقية للغلط[4] .

= القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً فى حق ناقص الأهلية . وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٣٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ .

(٣) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٩٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١ .

(٤) وكثيراً ما يغنى نقض القسمة للغبن عن إبطال القسمة للغلط فى قيمة المال الشائع . وإلى هذا تشير المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ فى شأن المادة ٨٤٤ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للغبن ، فقد قيل فى هذه اللجنة : « فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ (الغلط) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩) . ولكن يوجد مع ذلك فروق مابين نقض القسمة للغبن =

كذلك يجوز طلب إبطال هذه القسمة للتدليس[1] أو للإكراه . أما الغبن ، فقد أفرده القانون بأحكام خاصة لأهميته فى القسمة ، فننتقل الآن للكلام فى نقض القسمة الاتفاقية للغبن .

§ ٢ — نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٤٥ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ، إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته »[2] .

= وإبطال القسمة للغلط . فالغلط أولا لا يقتصر على الغلط فى القيمة ، بل يتناول أيضاً الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص أو فى الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن . وفيما يتعلق بالغلط فى القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس فى الغبن ، ومدة رفع الدعوى فى الغبن سنة واحدة منذ القسمة وهى ثلاث فى الغلط منذ كشفه . ومهما يكن من أمره فإذا وقع فى القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين أبدوا استعدادهم لتلافى نتائجه بإجراء قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض ، لم يكن لمن وقع فى الغلط الإصرار على إبطال العقد ، عملا بأحكام المادة ١٢٤ مدنى . انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢ . وانظر فى جواز إبطال القسمة للغلط نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة أرض رسا مزادها على المقتسمين ، لما شاب رضاء أحد طرفى القسمة من تدليس ، بانيا ذلك على ما ثبت من أن الطرف الآخر استصدر هذا العقد فى أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذى كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض ، وبعد أن أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض فى ملكيته وما يخرج عنها ، وأنه أخفى هذا عن قسيمه ، بل أفهمه غير ما علم كى يختص هو فى عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمه بما سيكون مآله الاستحقاق ، فى هذا الذى أثبته الحكم ما يكفى لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن مقدار الغبن فى المشروع التمهيدى كان الربع —

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق[١] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٩ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٧ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٧ و ٩٤٩ و ٢١٤ [٢] .

= لا الخمس . وفى لجنة المراجعة عدل مقدار الغبن إلى الخمس ، ووافقت اللجنة على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٩١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اعترض على النص بأنه « مادامت القسمة قد تمت بالتراضى فلا يجوز الرجوع فيها بسبب الغبن ، إذ لا يجب أن نعرض المعاملات للفسخ بسببه » . فأجيب بأن « الغرض من القسمة بالتراضى هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فإذا لم تتحقق فالبتة من تحقيقها ، فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ » . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ – ص ١٣٠) . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس إلى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ – ص ١٣٠) .

(١) فلم يكن هناك ما يجيز نقض القسمة للغبن ، وكان يغنى عن الغبن فى هذه الحالة الغلط فى قيمة الشىء . ومع ذلك كان القضاء المختلط يجيز نقض القسمة للغبن : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ – ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٦٥ – ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ – ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦ – ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢١ – ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٧ : ١ – يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة . وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته . ٢ – ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر فى الدراهم ، ونصف العشر فى العروض ، والعشر فى الحيوانات ، والخمس فى العقارات .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن مقدار الغبن فى المنقول فى التقنين العراقى يتفاوت باختلاف نوع المنقول ، وفى أن مدة رفع الدعوى ستة أشهر فى التقنين العراقى بدلا من سنة فى التقنين المصرى) .

=

ويلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن إذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم[1] . ويخالف التقنين المدني الفرنسي (م ٨٨٧ – ٨٨) التقنين المدني المصري في ذلك ، فالتقنين الفرنسي يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية .

٥٤٦ – الغبن في ذاته عيب في عقد القسمة يجيز نقضها : إذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلا للنقض ، أي قابلا للإبطال . وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط . كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بيّن أو هوى جامح في الشريك المغبون . فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلا للإبطال ، بناء على طلب الشريك المغبون . ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذي وقع فيه الغبن ، فيصبح

= قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٧ : لا يجوز إبطال القسمة : سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، إلا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخداع أو الغبن .

م ٩٤٩ : إن إبطال القسمة للأسباب التي عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين إلى الحال التي كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للأصول ومقابل بدل – ويجب أن تقام دعوى الإبطال في السنة التي تلي القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

م ٢١٤ : إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المغبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان في الأحوال الآتية : أولا – إذا كان المغبون قاصراً . ثانيا – إذا كان المغبون راشدا وكان للغبن خاصتان ، الأولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، إلى الدرجة المبينة فيما تقدم ، إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبناني لا يجيز نقض القسمة لغبن إلا إذا كان الشريك قاصرا ، أما إذا كان بالغا فيشترط لنقض القسمة أن يكون الغبن فاحشا وأن يكون قد استغل في الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن في القسمة في خلال سنة من تمامها) .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد تحدت لمنع الغبن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

العقد بعد الإجازة غير قابل للنقض[1] . وتكون هناك إجازة ضمنية إذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذاً اختياريا بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه إذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفرز الذى وقع فى نصيبه راضيا ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن .

والغالب فى العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط فى قيمة الشىء ، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلا للإبطال للغلط إذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن . أما الخطأ فى الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سببا لا للإبطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل[2] . وقد يقع الغبن دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه ، كما إذا استحق جزء من المال الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقى أقل من أربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون أن يرجع على باقى الشركاء بالغبن ، حتى لو كان سبب الاستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان[3] .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلا لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على إعساره أن لحق غبن بالمقدار الذى حدده القانون الشريك الدائن بهذا المعدل كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة ، وتبين أن المدين كان معسراً منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن إذا ترتب على إعسار المدين أن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون[4] .

---

(١) ولا يعتبر الشريك المغبون مجيزاً لعقد القسمة إذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه للغبن (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٦٧) .

(٢) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٣ – عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفقرة ٤٥٥ .

(٤) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن إذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وفاء لالتزام طبيعى فى ذمته لشريك آخر ، أوهبة منه لهذا الشريك[1] .

٥٤٧ — مقدار الغبن وكيفية حسابه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى تنص على أنه « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن فى القسمة فى القانون الفرنسى . ولكن لجنة المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ، ولأن الخمس هو المقدار المألوف فى الغبن فى الشريعة الإسلامية[2]

ولمعرفة ما إذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطة خبير عند الاقتضاء،ولا يعتد بالتقدير الوارد فى عقد القسمة[3] ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع . فإذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه . وكان هناك شركاء خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا فى هذه القسمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبونا فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما إذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر ، فإنه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فإذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٤١٨ – لوران ١٠ فقرة ٤٩٩ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٥٠ .

الخامس الباقي أي أخذ ١٨٠٠ جنيه . فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لا يجوز لأي من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذي أصاب كلا من الشركاء الأربعة لا يزيد على الخمس[1] .

والعبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة . فيعتد بوقت القسمة في تقدير قيمة المال الشائع ، وفي تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فإذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هي مبلغ معين ، فلا يعتد بأي أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانخفاض أسعار الأوراق المالية أو إعسار شريك في ذمته معدل لشريك آخر إذا كان هذا الإعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبونا إذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيد على الخمس كما قدمنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغبن في كل عين من الأعيان التي وقعت في نصيبه . فلو وقع في نصيب أحد الشركاء دار قيمتها الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبونا في هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع في نصيبه أيضاً أرض قيمتها الحقيقية ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فإن ما كسب في الأرض وهو ٢٠٠ جنيه يستنزل مما خسر في الدار وهو ٥٠٠ جنيه . ويكون ما لحقه من الغبن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فإن كان هذا المقدار لا يزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن .

٥٤٨ — أنواع القسمة التي يجوز فيها النقض للغبن : قدمنا[2] أن نقض القسمة للغبن إنما يكون في القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية .

وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذي بسطناه . فيجوز نقض القسمة للغبن ، إذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية . وكذلك يجوز النقض للغبن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذي يعتد به هنا ليس هو الغبن الذي يقع في بيع المال الشائع إذا كان المشتري أجنبيا ، وإنما هو الغبن

---

(١) بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥

فى قسمة الثمن بين الشركاء . ولكن إذا كان المشترى فى قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فإنه يعتد بالغبن الذى يقع فى البيع ، لأن البيع فى هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدمنا . فإذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم – فيما عدا الشريك المشترى – أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن .

وإذا تجزأت القسمة إلى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فإن الغبن ينظر فيه إلى مجموع هذه العقود لا إلى كل عقد على حدة . فلو غبن أحد الشركاء فى بعض هذه العقود ، ولكنه فى العقود الأخرى نال نصيبا أكثر مما يستحق بحيث إن الغبن الذى لحقه فى مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فإنه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فإنه يجوز له نقض العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة فى قسمة كلية واحدة .

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفى جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن .

ولكن إذا كان العقد الذى يراد به القسمة هو عقد احتمالى ، لم يجز نقضه ، إذ أن العقود الاحتمالية تأبى طبيعتها أن تنتقض للغبن . فلو أن دارا شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكية الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر إيراداً مرتبا طول الحياة فى مقابل حصته فى الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فإن عقد ترتيب الإيراد المرتب مدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالى ، ومن ثم لا يجوز الطعن فى هذه القسمة بالنقض للغبن .

٥٤٩ – دعوى نقض القسمة للغبن : فإذا ما تحقق الغبن فى القسمة الاتفاقية على النحو الذى بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولا ، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع عقارا .

والمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فإذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه غبن رفع الدعوى . وتنتقل دعوى الغبن من الشريك الذى لحقه الغبن إلى وارثه ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها . ويجوز كذلك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مدينه ، طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة .

والمدعى عليه فى دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترمى إلى إبطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بتراضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه فى دعوى الغبن للاستغلال من أنها هى أيضاً يجب أن ترفع فى « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩/٢ مدنى) . فالسنة فى الحالتين ميعاد إسقاط (délai de déchéance) ، لا مدة تقادم (délai de prescription) ، وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهلية فالنص صريح فى أن المدة هى مدة تقادم إذ تنص المادة ٤٢٦ / ١ مدنى على أن « تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هى ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) . فإذا انقضت السنة ، سواء علم الشريك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة . والفرق بين ميعاد الإسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف .

وعبء إثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى ، أى الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . والغالب فى العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير

قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً ، وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة .

ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بإبطالها . ففى دعاوى الإبطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال .

٥٥٠ — الآثار التى تترتب على نقض القسمة للغبن : إذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع . فيجوز إذن لأى شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نقض القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضاً للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لا يجوز نقضها للغبن .

ونقض القسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقاً للقواعد المقررة فى شأن أثر إبطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ — تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون : قدمنا(١) أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته » .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٤٤ .

ويلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون . (الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . وإنقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش(١) . وكذلك يجوز للمدعى عليه فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال « إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن »(م ١٢٩/ ٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الإبطال « بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش»(٢). (والحالة الثانية) حالة الغبن فى بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ٤٢٥/ ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، لقد نصت المادة ٤٢٥/ ١ مدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » .

ففى الحالتين المتقدمتى الذكر من حالات الغبن ، لا يعوض الطرف إلا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكفى أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضرورى أن يرتفع الغبن بتاتا : أما فى الحالة التى نحن بصددها ، وهى حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفى ذلك ، بل يجب إكمال الشريك المغبون ، نقداً أو عينا ، ما نقص من حصته . فيجب إذن ، لتفادى دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بتاتا عن الشريك المغبون ، وإعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه فى القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص . والسبب فى ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة ، يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه إلى حد معين . أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم فى أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين ، فإذا اختلت هذه المساواة اختل العقد . وإذا كان القانون قد تسامح فى غبن لا يزيد على الخمس فى بداية الأمر حتى لا تثار المنازعات

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٢١٠ .

لأقل غبن بنصيب الشريك ، فإنه تشدد متى زاد الغبن على الخمس فأوجب إكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماما . ولم يكتف بإبلاغ نصيب الشريك إلى أربعة الأخماس كما اكتفى فى الاستغلال وفى بيع عقار غير كامل الأهلية .

وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع . ويجب أن يضاف إلى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده من وقت القسمة إلى وقت الدفع ، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملا .

وإكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكون نقداً أو عينا . فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه . وقد يكون الإكمال عينا بأن يدفع إلى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته . والخيار بين الدفع نقداً أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن . فإذا عرض المدين الدفع نقداً وقبله الشريك المغبون . فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقداً إلى الدفع عينا . والعكس صحيح ، إذا عرض المدين الدفع عينا وقبله الشريك المغبون ، لم يجز للمدين بعد ذلك العدول إلى الدفع نقدا .

ويجوز للمدعى عليه عرض إكمال حصة المدعى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائى بنقض القسمة للغبن ، وذلك إلى وقت إجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام إجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه إكمال حصة المدعى مضافا إلى ذلك المصروفات التى تكبدها هذا الأخير بسبب البدء فى إجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، إذ تقول المادة ٢/٨٤٥ مدنى فى شأن دعوى الغبن ، كما رأينا[١] ، أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذى يهدف إليه المدعى عليه من عرضه إكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض إلى ما قبل إتمام هذه القسمة[٢] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥

(٢) انظر فى هذا المعنى ديمولومب ١٧ فقرة ٤٥٩ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٤٥٥٣ – محمد على عرفة فقرة ٣٢٥ ص ٤٥٣

وإذا تعدد المدعى عليه ، وهذا ما يقع كثيراً فى العمل ، فلابد من أن يتفق هؤلاء جميعا على مبدأ إكمال حصة المدعى نقدا أوعينا . فإذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا فى مقدار ما يرد إلى المدعى ، تولت المحكمة الفصل فى ذلك . أما إذا لم يتفقوا على مبدأ الإكمال نفسه ، فإن من لم يوافق من الشركاء على الإكمال لا يلتزم به . وإذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الإكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشىء[1] .

ويجوز لدائنى المدعى عليهم التدخل فى دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض إكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم[2] .

المطلب الثانى

القسمة القضائية

٥٥٢ — متى يجب أن يكون القسمة قضائية : يجب أن تكون القسمة قضائية فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم تجمع آراء الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشيوع ، فليس أمامه إلا أن يلجأ إلى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (م٨٣٦ /١ مدنى) على التفصيل الذى سنورده فيما يلى .

(الحالة الثانية) إذا انعقد إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ٤٠ /١ و٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية فى فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة فى إجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثانى) أن تأذن المحكمة مبدئيا فى إجراء قسمة اتفاقية ، وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لا تقره ، وتقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية[3] .

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ – هيك ٥ فقرة ٤٧١ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٦ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦١ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ – وإذا سير فى إجراءات القسمة القضائية لمانع يحول دون –

٥٥٣ — قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية — إحالة : ويحدث أن يتفق الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة إلى أن تتم القسمة القضائية . بل يجوز ، إذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة هذه ، أن يطالب أحد الشركاء ، في أثناء إجراءات القسمة القضائية ، من القاضي الجزئي المختص بإجراء هذه القسمة أن يأمر بقسمة المهايأة إلى أن تتم القسمة القضائية . فيأمر بها القاضي ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء ، ويغلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذي يقوم بإجراءات القسمة القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدني فيما قدمناه[1] ، وسبق لنا بحث هذه المسألة تفصيلا فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك[2] .

٥٥٤ — دعوى القسمة : والقسمة القضائية تكون في صورة دعوى تسمى بدعوى القسمة[3] . ونبحث في صدد هذه الدعوى مسألتين : (١) الخصوم والمحكمة المختصة . (٢) قسمة التصفية والقسمة العينية .

§ ١ — الخصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ — الخصوم في دعوى القسمة — نص قانوني : تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على ما يأتي :

« إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية »[4] .

= القسمة الاتفاقية ، ثم زال المانع كأن اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أو زال الحجر عن الشريك المحجور ، جاز للشركاء أن يعدلوا عن القسمة القضائية إلى القسمة الاتفاقية (أوبری ورو ٦٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « لا يسرى حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة » .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « أما إذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء =

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى القسمة ، فيكون هو المدعى . ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما فى دعوى القسمة[1]

= بالحضور أمام المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، وإن كان المراد قسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم » . وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٩٠٧/١ فى المشروع النهائى – ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٥/١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٦/١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ – ص ١٠٨) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : أما إذا كانوا مختلفين فى الرأى ، أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف فى حقوقه ، فعلى من أراد منهم القسمة أن يكلف بالحضور باقى شركائه أمام محكمة المواد الجزئية التابع إليها مركز الشركة أو موقع العقار أو أمام المحكمة التابع لها محل أحد الشركاء إذا كان المراد قسمته منقولا ، وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٠/١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ : إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى القسمة وفقا لنصوص قانون المرافعات المدنية . (والنص فى مجموعه يوافق نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٢/١ : إذا لم يتفق الشركاء على القسمة ، أو كان بينهم محجور ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لإزالته . (ونص التقنين العراقى يوافق نص التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا كان بين الشركاء محجور) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢ : إذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف فى حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب فى الخروج من الشيوع أن يطلب من المحكمة إجراء القسمة وفاقا للقانون .

(والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين اللبنانى يوجب أن تكون القسمة قضائية إذا وجد بين الشركاء محجور أو غائب) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء الصادر فى دعوى القسمة هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه . إذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هى مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣) . وقضت أيضا بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة =

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل فى الدعوى[1] ، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، وجاز للمحكمة أن تأمر بإدخالهم من تلقاء نفسها .

وإذا صدر الحكم فى دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوما فى الدعوى ، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل . ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، لأن الشريك الذى لم يدخل خصما هو وحده الذى يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه[2] .

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي ، حل المشترى محل الشريك وأصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء ، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء . ويترتب على ذلك أن المشترى ، وقد أصبح شريكا فى الشيوع ، هو الذى له أن يرفع دعوى القسمة ، وهو الذى يختصم فيها ، دون الشريك البائع[3] . أما إذا اشترى الأجنبي جزءاً مفرزا من المال الشائع ، فإن هذا الشراء لا ينفذ فى حق سائر الشركاء كما سبق القول[4] ، ومن ثم لا يعتبر المشترى للجزء المفرز شريكا فى الشيوع ، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصامه فيها[5] .

= بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه ، متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ .

(٣) وإذا كان المال الشائع عقاراً ، فحتى يصبح المشترى لحصة شائعة فيه شريكا يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل إليه الملكية ، ولا يكفى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد ولو سجل صحيفتها (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤) . ولكن يجوز له ، باعتباره دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بدون تدخله طبقا للمادة ٨٤٢ مدنى (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١) .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٣١

(٥) انظر آنفا فقرة ٥٣١ فى الهامش . وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٠٨ – إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ – حسن كيرة فقرة ١٤٢ ص ٤٧٩ – عكس ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ =

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصامه فيها . ويجب فى جميع الأحوال اختصام الشريك الذى يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف ، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء . ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع هو دعوى القسمة ، لأنه لا يملك أن يقوم إلا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال[1] .

٥٥٦ — **المحكمة المختصة** : رأينا[2] أن المادة ١/٨٣٦ مدنى تجعل الاختصاص فى دعوى القسمة للمحكمة الجزئية . فالمحكمة الجزئية إذن هى المختصة بدعوى القسمة ، أياً كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى . والمحكمة الجزئية هى المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فإن كان المراد قسمته منقولا فالمحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم[3] .

وإنما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول إلا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته ، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذى تختص به المحكمة الجزئية إذن هو النظر فى إفراز نصيب شريك فى المال الشائع ، بأن تعين خبيراً عند الاقتضاء لتكوين الحصص ، وإجراء

= مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١–٢ مايو سنة ١٩٤٠ موعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩– ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ موعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ – ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ – محمد على عرفة فقرة ٣٢٣ . ولكن للمشترى لجزء مفرز ، بوصفه دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله ، وإذا سجل عقد البيع قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء إدخاله فيها (إسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ – ص ٢١٩) .

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٦٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر المشروع التمهيدى للمادة ٨٣٦ آنفا فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ .

القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل إن وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وبإجراء القسمة بطريق التصفية إن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء[1] .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التى لا تتعلق بإجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك فى المال الشائع وأصل ملكيته هذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك فى حصته وحلول المتصرف له مكانه فى دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التى تثور حول القسمة ولا تدخل فى إجراءاتها ، فإن المحكمة المختصة بنظرها هى ، وفقاً للقواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع .

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فإن المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة .

§ ٢ - قسمة التصفية والقسمة العينية

٥٥٧ - قسمة التصفية - نص قانونى : تنص المادة ٨٤١ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات . وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع »[2] .

---

(١) نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ . - قنا الكلية ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يكتفى بأن يكون النقص فى قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصاً « محسوساً » . وفى لجنة المراجعة أبدلت بعبارة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، وأصبح النص رقمه ٩١٢ فى المشروع النهائى . ووافق =

وسنرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع إليها دعوى القسمة ، تندب ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان

= عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأى أحد الأعضاء « إطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل إضرارا بغيرهم من الشركاء أو الدائنين » . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر إلى أن قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع من شأنه « بقاء المال في العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية » ، وأضاف « أنه مادام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان في اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ، ما دام لا يمس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٦ – ص ١١٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٤٥٨/٥٥٤ : إذا لم تمكن القسمة عينا ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أمرين : (١) لم يذكر التقنين السابق إلا عدم إمكان القسمة عينا ، أما التقنين الجديد فقد أضاف إمكان القسمة عينا ولكن مع ضرر كبير . (٢) أجاز التقنين الجديد قصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفا فقرة ٥٥٥ في الهامش – وقد نظم تقنين المرافعات الليبي قسمة المال الشائع عن طريق بيعه بالمزاد) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٣ : ١ – إذا تبين للمحكمة أن المشاع غير قابل للقسمة ، أصدرت حكما ببيعه ٢. – وفي هذه الحالة تقدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعي أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة أهل الخبرة . فإذا قبل المدعي بيع حصته بالبدل المقدر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولإبداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك . فإذا وافق الشركاء كلهم أو بعضهم على الشراء بالبدل المقرر ، بيعت الحصة إلى الراغبين بالتساوي فيما بينهم . أما إذا رغب أحد الشركاء في شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد . ٣ – وإذا لم يقبل المدعي البيع بالبدل المقدر ، أو لم يرغب أحد الشركاء في الشراء ، وبقي المدعي مصرا على طلبه ، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه .

(والتقنين العراقي يأتي بأحكام تختلف عن أحكام التقنين المصري كما نرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٦٠٣/٩٤٢ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

(١) انظر ما يلي فقرة ٥٥٨ .

المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته (م ٢/٨٣٦ مدنى) . فإذا تبين أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا كأن كان فرسا أو خاتما أو سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن بإحداث نقص كبير[١] فى قيمته كأن كان دارا إذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيراً فى قيمة الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح لبناء يستفاد منه استفادة معقولة[٢] ، فإن المحكمة تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية (licitation) .

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية ، وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته فى المال الشائع.

وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما بإجراء البيع بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون أن يلحق به نقص كبير فى قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فإن الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية كما سبق القول[٣] .

ويباع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للإجراءات التى قررها تقنين المرافعات. وتتلخص هذه الإجراءات ، بالنسبة إلى العقار ،[٤] فى أن البيع يجرى بناء على قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك

---

(١) ويجب أن يكون النقص كبيراً ، ولا يكفى أن يكون محسوسا (انظر آنفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ – ٢ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٩ – أو كان المال الشائع مصنعا لا تمكن تجزئته (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٨) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

(٤) أما إذا كان المال الشائع منقولا، فتتبع فى بيعه لعدم إمكان قسمته الإجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع الغرض المقصود من البيع (محمد على عرفة فقرة ٢٩ – إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

من البيانات التى تفيد فى تعيينه) ، وشروط للبيع والثمن الأساسى الذى تقدره المحكمة الجزئية ، وتجزئة العقار إلى صفقات إذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة ، وبيان سندات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، إلى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على إيداع القائمة ، صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع . ويخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويباع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة بإجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين[1] ، وللأحكام الخاصة بزيادة العشر[2] وإعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد[3].

والأصل أن يسمح للشركاء ولغير الشركاء فى الدخول فى المزايدة ، فإن رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وإن رسا على أجنبي ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد . وقد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبي فى الدخول فيها ، وذلك حفظا للمال فى الأسرة . ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء ،

---

(١) ومن هذه الإجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦٤ مرافعات ، ويستخلص منها أنه إذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ – إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ هامش ١) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا حدد القاضى بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذى يعلن به أى خصم فى أية دعوى ، ولا يكفى ما ينشر أو يلصق من إعلانات ، وإلا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ فى مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدنى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه فى حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدنى ٦ نوفبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٣) انظر فى كل ذلك المواد ٧١٢ – ٧٢١ و٧٢٣ مرافعات .

لأنهم هم الذين يقدرون مصلحتهم فى ذلك . أما مصلحة الدائنين فمكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل[1] . ولا مساس بالمصلحة العامة فى شىء من ذلك[2] . وإذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على إذن محكمة المختصة بالولاية على المال فى قبوله قصر المزايدة على الشركاء ، لأن هذا العمل يجاوز أعمال الإدارة المعتادة [3].

ومتى تم الاتفاق على قصر المزايدة على الشركاء على النحو الذى قدمناه ، أجريت المزايدة بين الشركاء وحدهم دون غيرهم . ويعتبر رسو المزاد هنا قسمة لا بيعا ، لأن المزاد لابد أن يرسو على أحد الشركاء [4].

٥٥٨ – *القسمة العينية — مراحلها الأربع* : فإذا أمكنت قسمة المال الشائع عينا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية بإجراء القسمة العينية . وهذه القسمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب (م٨٣٦/٢ و٨٣٧ مدنى) .

(المرحلة الثانية) الفصل فى المنازعات (م ٨٣٨ مدنى) .

(المرحلة الثالثة) الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م٨٣٩ مدنى) .

(المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان فيهم من لم تتوافر فيه الأهليه (م٨٤٠ مدنى) .

---

(١) وسنرى (انظر ما يلى فقرة ٥٦٥) أن للدائنين المعارضة فى أن يقتصر المزاد على الشركاء دون أن يدخل أجنبى فيه ، خشية من تواطؤ الشركاء على إرساء المزاد على أحد منهم بثمن بخس ، وسعيا وراء الوصول إلى أعلى ثمن ممكن عن طريق دخول الأجانب فى المزاد .

(٢) انظر المناقشة التى دارت فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ آنفا نفس الفقرة ص٩١٥ هامش٢.

(٣) إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ – ص ٢٢٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ – ويترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على هذا الحكم إذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب (م ٨٤٠ مدنى وم ٤٠/٢ من قانون الولاية على المال – إسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ – عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٣٧) .

٥٥٩ — المرحلة الأولى — قسمة المال الشائع إلى حصص أو التجنيب — نصوص قانونية : تنص المادة ٢/٨٣٦ مدنى على ما يأتى :

« وتندب المحكمة ، إن رأت وجها لذلك ، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يكوّن الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية ، فإن تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته » .

« ٢ — وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص فى المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ — ص ١٠٨) .

م ٨٣٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٨ — ص ١٠٩) .

وتقابل المادة ٢/٨٣٦ فى التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ العبارة الأخيرة ... وأن يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص . (والنص موافق) . ولا مقابل فى التقنين المدنى السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن العمل كان جاريا على هذا الحكم .

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : يحيل إلى تقنين المرافعات المدنية .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٧٢ و٣ و٤ : ٢ — فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة ، قررت إجراءها . ويعتبر المشاع قابلا للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، إن رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فإن كانت غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم(1) أن المحكمة تجرى قسمة التصفية .

أما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، فإن الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، إذا كان ذلك ممكنا . وتستوى فى ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية : فإن كانت القسمة جزئية قسم الخبير إلى حصص الجزء من المال الشائع الذى تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك فى هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقى من المال على شيوعه دون تقسيم أو تجنيب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه إلى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فإذا أمكنت قسمة المال إلى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قدمنا . وتوضح المذكرة الإيضاحية هذه العملية فى شىء من الإسهاب فتقول : « فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون

= المنفعة المقصودة قبل القسمة . ٣ – فإن كان المشاع عقارا ، تمسح الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها الموقع والجودة وجميع الميزات الأخر ويراعى كذلك بقدر الإمكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء أنفسهم ، فإن لم يتفقوا عينها الحاكم بمعرفة خبير . وإذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمة بمعدل ولو من النقود . وتوزع الحصص بالقرعة ، وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأييدها . ٤ – وإذا كان المشاع منقولا ، يفرز إلى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله فى قياس نوعه ، وتوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الواجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢/٣ – ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦) .

(1) انظر آنفا فقرة ٥٥٧ .

التخلص من الشيوع دون الآخرين ؟.. أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسدس فيقسم المال أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال إلى اثنى عشر جزءاً ، وهكذا) ، فإن قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية ...[1] »

أما إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص[2] على الوجه الذى قدمناه ، فإن الخبير يعمد مباشرة إلى تحديد نصيب كل شريك مفرزاً فى المال الشائع ، وذلك بقدر حصته فى هذا المال ، وهذا ما يسمى بالتجنيب[3] . ويصح أيضاً أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب[4] ، فتجرى القسمة بطريق التجنيب إذن فى حالتين : إذا تعذرت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب ، وإذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب[5] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ – ص ١٢٠ . وانظر پلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

(٢) وتعتبر قسمة المال إلى حصص متعذرة إذا كان من شأن تقسيم المال إلى حصص صغيرة الإنقاص من قيمته ، أو اقتضى ذلك إجراءات معقدة ، أو كانت الحصص متباعدة بحيث يحتمل أن توقع القرعة فى نصيب أحد الشركاء حصصا متناثرة (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ – ص ١٩٢) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتعادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٤) ومتى وافق شريك على التجنيب ، لم يجز له الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب ، فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٥) فالقسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها إذن اتفاق جميع الشركاء ، بل يكفى أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال إلى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يكون التجنيب ملزما لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ – ص ٢٢٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ –

وسواء قسم الخبير المال إلى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزا ، فقد يقتضى الأمر أن يلجأ الخبير إلى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص الناقصة فى حالة التقسيم إلى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفرز فى حالة التجنيب . وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، فى تقسيم المال إلى حصص ، أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما . فيلجأ إلى جعل الحصص متساوية بقدر الإمكان ، وإذا اضطر إلى تحديد إحدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى إلى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان . ولذلك سمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعدل فى المقايضة . فمن يقع من الشركاء فى نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما سيأتى ، يصبح مدينا بهذا المعدل لمن يقع فى نصيبه الحصة الصغرى ، وبذلك يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى . وإذا لم يمكن تقسيم المال إلى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير إلى

= هامش ١ – وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١١٣ – محمد على عرفة فقرة ٣٢٦) .

أما فى القانون الفرنسى ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب ، ولو كانت قسمة المال إلى حصص على أساس أصغر نصيب متعذرة ، ويباع المال فى هذه الحالة لعدم إمكان قسمته . وهذا الحكم ينتقده الفقه الفرنسى (پلانيول وريپير وموری وڤيالتون ٤ فقرة ٥١١ – بيدان وليبان ٥ مكرر فقرة ٦٢٢) . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يجرى على حكم القانون الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنيب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن نصوص القانون المدنى القديم كانت تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة إلا إذا وافق الشركاء على إجرائها بطريق التجنيب . فإن تعذر الأمران – إجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيداً للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب – وجب بيع العقار لعدم إمكان قسمته . ولكن هذه النصوص ، وإن اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى فى أن القرعة هى الأساس وأنه يجوز إجراء القسمة بطريق التجنيب إذا اتفق على ذلك الشركاء ، إلا أن النصوص تختلف فى حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيداً لإجراء القرعة ، فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

ومع أن التقنين المدنى السابق كان يشترط فى القسمة بالتجنيب اتفاق جميع الشركاء على ما رأينا ، إلا أن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن التجنيب ممكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة تنطوى على التعسف فى استعمال الحق (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨٦ – ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ – ٥ يونيه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ – أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٦ – ومع ذلك انظر استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧) .

التجنيب ، فقد يضطر هنا أيضاً ، عند تحديد أنصبة الشركاء مفرزة ، إلى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق . فعند ذلك يقدر مبلغا من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الأكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر(١) .

٥٦٠ — المرحلة الثانية — الفصل في المنازعات — نص قانوني :

تنص المادة ٨٣٨ مدنى على ما يأتى :

« ٢ – فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات »(٢) .

ويتبين من هذا النص أن المنازعات التى تقع بين الشركاء ويجب الفصل

---

(١) والعبرة فى تحديد قيمة المال بوقت إجراء القسمة ، لا بوقت رفع دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشيوع . وفى فرنسا تحدد المحكمة تاريخا معينا ، يسمى بتاريخ الانتفاع المقسم (jouissance divise) ، يكون هو التاريخ الذى تقدر فيه قيمة المال ، ويكون فى الوقت ذاته هو التاريخ الذى يستولى فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٠٣١ وفقرة ٣٠٦٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٥١١ – فقرة ١٥١٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٠ – ص ١١١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٤/٥٥١ : إذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع فى تعيين الحصص ، تحكم محكمة المواد الجزئية فى ذلك وفى المنازعات الأخرى التى تكون من خصائصها . وإذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليها أن تحيل الأخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسة التى يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل فى القسمة إلى أن يحكم قطعيا فى تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

فيها قبل المضى فى دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص . (والنوع الثانى) المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص .

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذى قدره الخبير أقل مما يجب أو أكثر مما يجب ، أو أنه يمكن تقسيم المال إلى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التى ترجع إلى تكوين الحصص ، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة . ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلا فى أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أيا كانت قيمة المال المراد قسمته . ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة . فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هى أيضاً من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى . وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فإن المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية . ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القسمة إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات .

بقيت المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص . ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة . ومن أمثلة هذه المنازعات أيضاً تعيين حصة الشريك فى المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكا آخر فى مقدار حصته ، فيدعى مثلا أنها الربع بدلا من الثلث . وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك فى حصته ، فيدعى أحد الشركاء

مثلا أن شريكا آخر قد تصرف فى حصته لأجنبى فلا يحق له الدخول فى القسمة .
كل هذه المنازعات التى لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ، وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى . فإذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من اختصاص القاضى الجزئى ، فصلت المحكمة الجزئية فيها[١]، وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الابتدائية . وإذا كانت المنازعة التى أثارها الشريك هى من اختصاص المحكمة الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية[٢] ، مع تحديد الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة ، مستعينة فى ذلك بالبيانات التى تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الابتدائية[٣] . وتبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية إلى أن تفصل

---

(١) استئناف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك ، وما إذا كان هذا الشيوع عاديا أو إجباريا ، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا إذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه – كما قدرها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين – تجاوز نصاب تلك المحكمة ، مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى . وإذ هى لم تفعل ، فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها وخالفت القانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .

(٣) ويشترط فى ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المنازعة جدية (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة فى الملك الثابت فى دعوى القسمة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، مادامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ – ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ، ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائيا ، فى المنازعات التى أحالتها المحكمة الجزئية . أو إلى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائيا فى الاستئناف الذى رفع إليها من الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ماقدمنا[1] .

٥٦١ — المرحلة الثالثة — الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز —

نص قانونى : تنص المادة ٨٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه » .

« ٢ — فإن كانت الحصص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها . وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز »[2] .

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائيا فى المنازعات التى أثيرت فيما بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ — ص ١١٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٥/٥٥٣ : تحصل القسمة بطريق القرعة أمام القاضى المعين للمواد الجزئية ، ويحرر بها محضر . (والنص موافق لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنيب ، فكان القضاء يجرى على أن هذه القسمة لا تكون إلا باتفاق الشركاء جميعا : انظر آنفا فقرة ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل إلى تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التقنين على أنه إذا كان المشاع أعيانا منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، ننتقل بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل القسمة . فيعود الشركاء إلى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفتها حتى يفصل نهائيا فى المنازعات .

وفى هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا فى المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك فى المال المراد قسمته مبتوتا فيه خاليا من النزاع ؛ ويجب هنا التمييز بين فرضين : إما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم إلى حصص .

ففى الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزاً فى المال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية إلا أن تصدر حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه . وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل إلى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(١) .

وفى الفرض الثانى ، والمال المراد قسمته قد قسم إلى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه . ولما كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون إلى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء إلى أن فرصهم متساوية . ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فإذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثانى حصتان وللثالث أربع حصص ، وضعت فى القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد إلى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك . وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التى أوقعت القرعة رقمها فى نصيبه . وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة إلا على حصص متباعدة بعضها عن بعض . ولكن هذا هو شأن القرعة . ولا مفر من هذه النتيجة . إلا إذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد إجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم . وقد تقع فى نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل لحصة أخرى

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

أو حصص وقعت فى نصيب شريك آخر ، على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(١) . وتثبت المحكمة الجزئية كل ذلك فى محضرها ، ثم تصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، أى الحصة أو الحصص المفرزة التى أوقعتها القرعة فى نصيبه(٢) .

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، فى مرحلتها الثالثة ، تنتهى دائماً إلى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل إلى كل شريك . وحكم القسمة هذا يختم دعوى القسمة . إذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له ولى شرعى . أما إذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ، فلا بد من المضى بالقسمة إلى مرحلتها الرابعة والأخيرة . وهى مرحلة التصديق على حكم القسمة .

٥٦٢ — المرحلة الرابعة — التصديق على حكم القسمة فى حالات خاصة — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون »(٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٩ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له ولى شرعى ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١١ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « ولم يكن له ولى شرعى » لتعميم حكم النص . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى : « إذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً ، وذلك وفقاً لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة فى تقريرها إنها عدلت النص تعديلاً يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب . ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان أضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم الحسبية يسوى بين الغائب والمفقود فى الحكم ، وأصبح رقم النص ٨٤٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ بهذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٣ — ص ١١٥) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال إلى حصص ، وقد روعى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه »[١]. ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٤٥٦/٥٥٢ من التقنين المدنى السابق ، إذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكمة على قسمة الأموال إلى حصص ؛ أما نص التقنين المدنى الجديد فيقضى بتصديق المحكمة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحله ويصبح فى المرحلة النهائية . أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة إجراء القرعة أو التجنيب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ؛ أى حكما بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة ٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته إلى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها إنها عدلته تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب[٢] .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين المدنى وتتسق

= ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٦/٥٥٢ : إذا كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف ، أو غائبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٤ : إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصلح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلهما فى دعوى القسمة ، وذلك طبقا لما يقرره القانون .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٤ – وانظر أيضاً نفس الفقرة فى ص ٩٢٩ هامش ٣ .

الأحكام فى كل منهما ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال . فى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتى : « وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد الملك . وإذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولاشك فى أن هذا النص صريح فى أن الذى تصدق عليه المحكمة . ليس هو الحكم بالقسمة وهو فى مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ مدنى ، بل هو قسمة الأموال إلى حصص أى القسمة فى مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسايرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد ، إلى مسايرة المادة ٥٥٢/٤٥٦ من التقنين المدنى السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .. أنه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . وإذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . وبديهى أن الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية فى تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره . وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها إعمالا للإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، وهى التى تقضى بأنه إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى . وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إنما تعمل الإحالة المشار إليها فى المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ،

مما يدعو إلى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، إذا أرادت حقا إعمال الإحالة على المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ، أن تقضى بأن الذى تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال إلى حصص .

والآن بعد أن وقع عدم الاتساق هذا ، وإلى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تعديلا يجعلها تتسق مع المادة ٨٤٠ مدنى ، لا مناص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ماتقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدنى[1] .

وعلى ذلك يجب القول إنه فى حالة تقسيم المال إلى حصص : إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب[2] ، يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة ، لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال إلى حصص . وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم ، ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة القسمة) من قسمة المال إلى حصص ، وأن تعين أسسا أخرى تراها أصلح لقسمة المال إلى حصص . وإذا قامت منازعة فى شأن تكوين الحصص ، وفصلت فيها المحكمة الجزئية ، واستؤنف حكمها أمام المحكمة الابتدائية[3] (أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال إلى حصص) ، فمن البديهى أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر فى هذا الاستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى حصص ، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق[4] .

---

(١) إذ تنص المادة ٢ من قانون إصدار قانون الولاية على المال على أن « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما إذا كان وليه الشرعى هو الجد ، فقد قدمنا أن الجد لا يملك وحده قسمة مال محجوره ، بل لابد من استئذان محكمة الولاية على المال (انظر آنفا فقرة ٤٤٣ د فى الهامش) . ومن ثم يدخل القاصر ، إذا كان وليه الشرعى هو الجد لا الأب ، فى حكم القاصر الذى ليس له ولى بل له وصى ، ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٦٠ .

(٤) انظر فى ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ – حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ – وقارن إسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢٢٣ هامش ١ .

هذا إذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال إلى حصص . أما إذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال إلى حصص ، فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال إذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال إلى حصص . فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ مدنى ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصدق ، فى حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ مدنى ، عندما أوجبت تصديق المحكمة ، أحالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق إذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فإذا توخينا الدقة ، وجب الرجوع فى ذلك إلى قانون الولاية على المال وهو القانون الذى ينظم تصديق المحكمة . ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال إلى حصص ، جاز القول بأن ما يقابل قسمة المال إلى حصص فى القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء فى قسمة التجنيب ، فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال إلى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر فى قسمة المال إلى حصص ، فإنه يصح القول ، من الناحية العملية دائما ، إنه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء[1] .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين فى القسمة حماية لصالحهم

٥٦٣ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا ، أو أن يباع المال بالمزاد ، بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

---

(١) انظر حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ .

« ٢ – أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش »[١] .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦٠/٥٥٧ – ٥٥٩[٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٦ – وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٦ – وفي التقنين المدني العراقي م١٠٧١ / ٣ – وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٢/١ و٩٤٣ – ٩٤٥[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان خاليا في آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أضيفت إلى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات » ، وذلك « حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع في غيبتهم » ، وأصبح رقم المادة ٩١١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عن المراد بالدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنون المقيدة حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « في الإجراءات » في آخر الفقرة الأولى . « وقد أريد بذلك – كما ورد في تقرير اللجنة – قصر التزام الشركاء في إدخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى حيث تمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادي تعرض إجراءات القسمة للبطلان إذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد إلا خلال الإجراءات أو عندما تشرف على النهاية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص ، لأن لهم الحق دائما في التدخل في الإجراءات من تلقاء أنفسهم » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٨ – ص ١٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٦٠/٥٥٧ – ٥٥٩ : يجوز لأرباب الديون الشخصية التي على أحد الشركاء أن يعارضوا في إجراء القسمة عينا وفي بيع المال بغير دخولهم في ذلك . ويكون إجراء المعارضة المذكورة بين أيدي الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزومية هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين في كافة الإجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، وإلا كان العمل لاغيا .

(ويتفق حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم إدخال الدائنين المقيدين قبل القسمة إلا إذا عارضوا) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٦ : ١ – لدائني كل شريك أن يعارضوا في القسمة عينا أو في بيع –

ونقول بادئ ذى بدء إن النص سالف الذكر يوحى بأن تدخل الدائنين فى القسمة حماية لمصالحهم إنما هو مقصور على القسمة القضائية ، دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لا يفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز أن ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، إذ أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . وهى التى تصرح بدعوى القسمة ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص

= المال بالمزاد العلنى بغير تدخلهم . وتكون المعارضة فى حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين فى المحكمة أو أمام دائرة التنفيذ ، وفى حالة القسمة الرضائية بإنذار رسمى يبلغ إلى جميع الشركاء . ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المسجلة حقوقهم فى السجل العقار قبل رفع دعوى القسمة . ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس لدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا إلا فى حالة الغش .

(وأحكام للنص السورى تتفق فى مجموعها مع أحكام النص المصرى ، ويصرح النص السورى بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية)

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٣/١٠٧١ : لدائنى كل شريك أن يطعنوا بالقسمة ، إذا كان فيها غش أضر بمصلحتهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى ، وإنما أورد حكما هو مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة أو لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب بإعسار أن يعارضوا فى إجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد فى غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضاً طلب إبطال القسمة إذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم .

م ٩٤٤ : للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يدفعوا دعوى إبطال القسمة بإيفاء الدائن أو بإيداع المبلغ الذى يدعيه .

م ٩٤٥ : إن الدائنين الذين أرسلت إليهم الدعوة حسب الأصول ، ولم يحضروا إلا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بإبطالها . على أنه إذا لم يترك مبلغ كاف لإيفاء ديونهم ، حق لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك إذا كان قد بقى منه جزء لم تجر عليه القسمة ، وإلا جاز لهم مداعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد أم شركة ملك - وانظر أيضاً م ١/٩٤٢ معدلة وتوجب إدخال أصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبنانى متفقة فى مجموعها مع أحكام القانون المصرى . والقانون اللبنانى يريد بعبارة « إبطال القسمة » (م٩٤٤) جعلها غير نافذة فى حق الدائنين - انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٤ - ص ٢١٥) .

قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية . إذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « أما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقداً . فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة إلا بطريق الغش فى الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البولصية فى الحالة الثانية »[1] . ولكن ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن ليس من شأنه أن يقيد من إطلاق النص . وقد أضيفت فى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، إلى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الإجراءات » . والعبارة على هذا النحو يمكن أن تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية ، فبقى النص غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت — بطريقة عارضة — العبارة المضافة فأصبحت : « ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمة القضائية[2] . ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهى خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج إلى هذا التدخل ، لذلك يحسن التوسع فى تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدين ، فى القسمة الاتفاقية ، الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية[3] . وليس فى مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع : ما دامت حكمة تدخل الدائنين فى القسمة القضائية متوافرة تماما ، بل هى أكثر توافرا فى القسمة الاتفاقية كما قدمنا . هذا إلى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى ، لا خلاف فى انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١ .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ هامش ١ .

(٤) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣ — وانظر عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٠ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٢٣ — عبد المنعم البدراوى —

ونبحث فى صدد النص سالف الذكر ، متوسعاً فى تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين : (١) موقف الدائنين قبل اتمام القسمة . (٢) موقف الدائنين بعد إتمام القسمة .

§ ١ – موقف الدائنين قبل إتمام القسمة

٥٦٤ – مصالح الدائنين المراد حمايتها : قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية . قسمة عينية أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنو كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد . كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك[1] .

فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تتم القسمة دون إضرار بمصالحه . فيعنيه مثلا ألا يتعمد الشركاء ، حين يقتسمون المال ، أن يوقعوا فى نصيب مدينه أعيانا منقولة أو نقودا يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع فى نصيب مدينه أموال قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن . ويعنيه أيضاً ، إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هى قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبى ، فإن دخول أجنبى فى البيع أدعى لارتفاع الثمن الذى يرسو به المزاد ، فينتفع الدائن بذلك . ويعنيه بوجه خاص ألا يتعمد الشركاء إيقاع الجزء المفرز من المال الشائع المرهون للدائن فى نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ، فيجد

= فقرة ١٥٨ ص ١٩٠ – حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧١ هامش ١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ١٩٦ .

(١) ويجوز أن يكون حق الدائن مقترنا بأجل أو معلقا على شرط . ولا يعتبر دائنا من يدعى استحقاق المال الشائع ، وليست له مصلحة فى التدخل فى القسمة إذ هى غير نافذة فى حقه إذا أثبت استحقاقه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٦٢) .

الدائن بذلك حق الرهن الذى له قد تحول من المال الذى قصد ارتهانه إلى مال آخر لم يكن له فى حساب . هذه جملة من المصالح الدائن الشريك . هى وأمثالها تدفعه إلى التدخل فى القسمة حتى يراقب إجراءاتها . فيمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . أو تقصير مدينه فى دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضاً تبعا لذلك .

٥٦٥ — للدائن حق المعارضة وحق التدخل : إذا عرف الدائن أن لمدينه حصة فى مال شائع . وأراد أن يصطنع الحيطة فى أمره . فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين فى الشيوع معارضة فى أن تتم قسمة هذا المال الشائع . سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية . بغير تدخله . ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون إنذارا على يد محضر . ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكون شفويا ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات[١] . والمهم أن توجه المعارضة إلى جميع الشركاء فى المال الشائع . ويدخل فيهم الشريك المدين[٢] . وميعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع ، ويبقى حق الدائن فى المعارضة إلى أن تتم قسمة هذا المال[٣]. والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية ، فيكفى

---

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أى شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد إلى جميع الشركاء (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢١٤ ص ٥٥٦) . ولايكفى ، فى اعتبار المعارضة ، مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه سنة (٨١ – ٨٢) ٢٠ – ١٣) . ولكن إذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم ، فى عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل فى قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء (الجزائر ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ – ٢ – ٢٨٤) .

(٢) وإذا وجهت المعارضة إلى بعض الشركاء دون بعض . لم يكن لها أثر بالنسبة إلى الشركاء الذين وجهت إليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تتجزأ (هيك ٥ فقرة ٣٠٠ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢١٦) .

(٣) ولا تعتبر القسمة قد تمت إذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو ببيع المال الشائع ، أو بتكوين الحصص إذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدور حكم القسمة إذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صدقت عليه فى الحالات التى يجب فيها ذلك (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٠) .

أن تتوافر فى الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال(١) .

ومتى وصلت المعارضة إلى جميع الشركاء ، تعين عليهم ، إذا هم عمدوا إلى اقتسام المال الشائع ، أن يدخلوا الدائن المعارض فى جميع إجراءات القسمة ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية ، وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية ، كما سبق القول .

وهناك طائفة من الدائنين ، هم الدائنون المقيدة حقوقهم ، يجب على الشركاء إدخالهم فى إجراءات القسمة دون حاجة إلى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة إلى الشركاء . فالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا للمال الشائع ، والدائن الذى له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع ، إذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية ، أو قبل إبرام عقد القسمة فى حالة القسمة الاتفاقية ، يكونون بهذا القيد معروفين من الشركاء ، فليسوا إذن فى حاجة إلى أن يوجهوا إلى الشركاء معارضة . ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين فى إجراءات القسمة ، قضائية كانت أو اتفاقية . ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، وسجل عقد البيع ، فهذا أيضاً يصبح دائنا بالضمان . ومن ثم يجب على الشركاء إدخاله في إجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده . وليس فى حاجة إلى توجيه معارضة إلى جميع الشركاء .

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذى بسطناه أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن ، فإنه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن ، إذا علم بذلك ، أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء فى إجراءات هذه القسمة . فإذا كانت القسمة اتفاقية ، جاز للدائن أن يتقدم إلى الشركاء متدخلا فى القسمة ، طالبا مثلا أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لإجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء إلى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يتثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل إعلان كاف عن البيع

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٥ .

ومن أن إجراءات البيع سليمة . وما إلى ذلك . أما إذا كانت القسمة قضائية ، فإن سبيل الدائن إلى التدخل فى إجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر فى تقنين المرافعات . وقد نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم ، أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد إجراءات خاصة لتدخل الدائن فى دعوى القسمة ، بل هى الإجراءات المقررة بوجه عام فى تقنين المرافعات . ومن ثم يكون تدخل الدائن فى دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ؛ ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) . وإذا تدخل الدائن فى دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الإجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الإضرار بمصلحته ، أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمدا أو تقصيراً ، وله أن يعترض فى حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصورا على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على إرساء المزاد على أحدهم بثمن بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن إلى أعلى مقدار ممكن[1] .

٥٦٦ — الأثر الذى يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله : يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذى بسطناه أن يصبح الدائن طرفا فى جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ؛ فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات إلا فى مواجهته . ومن ثم لا تجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع فى المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة ، ولا إجراء القرعة ، ولا تجنيب أنصبة الشركاء المفرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة ، فى غير مواجهة الدائن[2] .

ولكن لا يجوز للدائن طلب بيع المال فى المزاد بدلا من قسمته عينا ، إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع . كذلك

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٣١ ص ٤٤١ .

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١١ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦١ .

لا يجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قضائية ، إذا كان جميع الشركاء راضين بجعلها قسمة اتفاقية . ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها ، فإن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه فى الدعوى البولصية .

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله .

§ ٢ – موقف الدائنين بعد إتمام القسمة

٥٦٧ – فروض ثلاثة : بعد إتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا فى إجراءات القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها إلى الشركاء المتقاسمين فأدخله هؤلاء الشركاء فى هذه الإجراءات ، أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .

(الفرض الثانى) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل فى إجراءات القسمة ، بالرغم من المعارضة التى وجهها إلى الشركاء جميعا ، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل فى إجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ – الفرض الأول – تدخل الدائن فعلا فى إجراءات القسمة : مادام الدائن قد تدخل فعلا فى إجراءات القسمة ، بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه ، فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة ، ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته . فإذا تمت القسمة ، فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها . ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البولصية . فقد حل تدخله فى القسمة محل هذه الدعوى[1] .

٥٦٩ – الفرض الثانى – عدم إدخال الدائن فى إجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا : أما إذا وجه الدائن معارضته إلى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد ، وبالرغم من ذلك لم

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٢٢٨ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٣٦ .

يدع إلى التدخل فى إجراءات القسمة ، ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه : فإن الشركاء يكونون قد خالفوا القانون فى عدم دعوة الدائن إلى التدخل فى إجراءات القسمة بعد أن وجه إليهم جميعا معارضة فى أن تتم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل إبرام عقد القسمة

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدنى . فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة فى حقهم » أى فى حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لهم حقوق مقيدة . فالقسمة إذن تكون غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين . وذلك دون حاجة إلى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء : بل ودون حاجة إلى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فمجرد عدم دعوتهم إلى التدخل بعد أن عارضوا . أو بعد أن قيدوا حقوقهم . كاف لجعل القسمة غير نافذة فى حقهم ، ماداموا لم يتدخلوا فعلا فى القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . ويكفى لإثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع فى نصيب الشريك المدين إلا أموالا منقولة أو نقودا يسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا فى القسمة بمعدل لشريك معسر ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع فى نصيب هذا الشريك المال الذى ارتهنه الدائن بل أوقعت هذا المال فى نصيب شريك آخر . أما إذا بيع المال الشائع فى المزاد واقتسم ثمنه . فليس هناك ضرر لحق الدائن إذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيراً من قيمته الحقيقية .

ومتى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة فى حقه ، عاد المال إلى الشيوع بالنسبة إلى هذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة فى حق الدائن . ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين ، كما يجوز أن يطلبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من إعادة طلب القسمة . على مطالبة الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة ، على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء فى عدم دعوة هذا الدائن إلى التدخل . كما

يجوز للشركاء أن يفوا الدائن حقه . فلا تصبح له مصلحة فى الطعن فى القسمة . ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين .

وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن فى القسمة ، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالإكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن ، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن فى القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة[1].

٥٧٠ — الفرض الثالث — عدم تدخل الدائن فى القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته إلى التدخل : بقى الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل فى القسمة ، إما لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى إلى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته إلى ذلك . وهذا الفرض هو الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، إذ تقول : « أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش » .

وفى هذا الفرض يكون الدائن إما غير مقصر إذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصراً إذا هو دعى إلى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل . وفى جميع هذه الأحوال ، مقصراً كان الدائن أو غير مقصر ، إذا تمت القسمة دون أن يتدخل فى إجراءاتها ، فإن الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك . فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيداً . والملك لا ذنب للشركاء إذا لم يدعوه التدخل . أو دعاه الشركاء إلى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيداً ، فلا ذنب لهم أيضا إذا كان هو لم يتدخل . ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة فى حق الدائن . إلا إذا طعن هذا فيها بالدعوى البولصية ، فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه ، وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدعوى[2] .

وإذا كانت القسمة قضائية ، وصدر حكم بالقسمة ، جاز للدائن أن يطعن فى هذا الحكم بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها .

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٤ ، فقرة ٣٢٥٦ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

وتنص المادة ٤٥٠ /١ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو إهماله الجسيم » . والمطلوب من الدائن فى الفرض الذى نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما فى اعتراض الخارج عن الخصومة فيكتفى من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو إهماله الجسيم .

ويختلف القانون الفرنسى عن القانون المصرى فى هذه المسألة . ففى القانون الفرنسى لا يجوز فى الفرض الذى نحن بصدده أن يطعن الدائن فى القسمة حتى بالدعوى البولصية ، سواء كان الدائن مقصراً أو غير مقصر ، مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا . وقد أملى على القانون الفرنسى هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضة للطعن فيها دون أن يكون هناك مبرر لذلك من تقصير الشركاء . وقد أعطى القانون الفرنسى الدائن الفرصة فى منع الغش فى صورة وقائية ، بأن جعل له الحق فى التدخل فى القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلا من إعطائه الحق فى الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البولصية . فمادام الدائن لم يتدخل ، ولو كان ذلك عن غير تقصير منه مادام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن فى القسمة ولو بالدعوى البولصية . ولكن يجوز ، حتى فى القانون الفرنسى ، الطعن فى القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش ، إذا عجل الشركاء بالقسمة تعجيلا غير مألوف ، وتعمدوا إخفاء ذلك عن الدائن إضرارا بمصالحه . وفى جميع الأحوال التى يحق فيها للدائن الطعن فى القسمة ، يجوز له ، بدلا من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامنين لما ارتكبوه من خطأ[1] .

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٧ - فقرة ٣٢٥٤ .

وانظر فى قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف إسماعيل غانم فقرة ١٠٥ - فقرة ١٠٨ .

وانظر فى قسمة الوقف محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على القسمة

٥٧١ — بيان هذه الآثار : أهم أثر يترتب على القسمة هو إفراز حصة الشريك فى المال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف .

والأثر الثانى هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق فى نصيبه المفرز لسبب سابق على القسمة .

وهذان الأثران هما اللذان نتولى بحثهما هنا ، تاركين آثارا أخرى ثانوية ، كالتزام المتقاسم بدفع المعدل والتزام الراسى عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذى رسا به المزاد ، إلى حكم القواعد العامة . فهذه القواعد هى التى تسرى فى هذا الصدد .

ويترتب على القسمة أيضاً حق امتياز المتقاسم . فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل (م ١١٤٦ مدنى) . وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدنى) . ولكن حق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل فى موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث فى الجزء العاشر من الوسيط مع سائر التأمينات .

المطلب الأول

الإفراز — الأثر الكاشف(*)

٥٧٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٤٣ مدنى على ما يأتى :

(*) مراجع : Edouard du Card فى الأثر الكاشف للقسمة فى القانون القديم والقانون الحالى سنة ١٨٩٥ — Wahl فى تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف للقسمة (كتاب العيد المئوى ، =

« يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص ».(١)

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٤٥٧ : وفي التقنين المدني المختلط المادة ٥٥٥(٢).

= التقنين المدني الفرنسي ، ص ٤٤٣ وما بعدها) – Pilon في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٩١٧ وما بعدها – Desserteaux في النظرية العامة للأثر الكاشف في القانون المدني الفرنسي باريس سنة ١٩٠٨ – Giraud في تقسيم الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ – Lebret في مصير الحقوق المترتبة على الأموال الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ – Hebraud في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٨ – Morel في تصفية المشاركة بين الزوجين والتركة وقسمتها دروس لقسم الدكتوراه باريس سنة ١٩٤٩ – سنة ١٩٥٠ – حسن كيرة في تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع فصلة من مجلة كلية الحقوق المدوين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ – سنة ١٩٦٣ – منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٦٤ ص ٧٣ – ص ٢١٣ .

رسائل : Ducdodon رسالة من جرينوبل سنة ١٩٠٢ – Valentin رسالة من نانسي سنة ١٩٠٢ – Boudier رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ – Lecat رسالة من ليل سنة ١٩٠٥ – Le Bu رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ – Boudet رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ – Renou رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ – Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ – Paillard في الأثر الكاشف للقسمة في قانون الضرائب رسالة من باريس سنة ١٩١٢ – Gallet دراسة في افتراض الرجعية في القانون الفرنسي رسالة من پواتييه – Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ – Querel في الطبيعة الافتراضية للمادة ٨٨٣ من التقنين المدني الفرنسي رسالة من ليون سنة ١٩٢٣ – Leclerc دراسة ضرائبية للقسمة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ – Vincent في تقسيم حقوق التركة وديونها بين الورثة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ – Chevallier في الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢ – Heber في نقل الحقوق في التركة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ – Mouras رسالة من نانسي سنة ١٩٣٩ – Verone رسالة من ليل سنة ١٩٤٦ – Boyer في فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ – Merle في النظرية العامة للتصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ – Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢١١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٣ – ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٤٥٧ : وكل حصة وقعت بموجب القسمة في نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التي قسمت .

=

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٩٧ – وفي التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ – وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ – وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦(١) .

ويتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك في الشيوع . فإذا كان قد تملك في الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة ، وإذا كان قد تملك في الشيوع باعتباره شريكا مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة . وهكذا(٢) . وفي مقابل ذلك لا يعتبر الشريك أنه قد تملك

= (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني المختلط م ٥٥٥ : قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .

(وهذا النص يجعل للقسمة أثرا ناقلا لا أثرا كاشفا ، على خلاف التقنين المدني الوطني السابق والتقنين المدني الجديد) . ومع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة أثرا كاشفا : استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ – ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ – ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ – ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ – ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ – ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ – ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٧٥ : ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التي آلت إليه ، وأنه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ٩٤٦ : يعد كل متقاسم كأنه مالك في الأصل للأشياء التي خرجت في نصيبه أو التي اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا لسائر الأشياء . (وهذا النص يوافق نص التقنين المدني الجديد) .

(٢) ويستوي في ذلك أن يكون الشريك قد دخل منذ بدء الشيوع ، أو دخل بعد ذلك بأن نزل له شريك في الشيوع عن حصته الشائعة (بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢٨٩) .

فى أى وقت أى مال آخر مفرز وقع فى نصيب أى شريك آخر ، فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصة شائعة فى هذا النصيب المفرز الذى تملكه الشريك الآخر . وهذه هي النظرة التقليدية لأثر القسمة ومنها يتبين أن ليس للقسمة أثر كاشف (effect déclaratif) فحسب ، أى أنها لا تقتصر على أن تكشف عما يملكه الشريك مفرزاً فى المال الشائع ، بل لها أيضاً أثر رجعى (effet rétroactif) أى أنها ترجع بملكية الشريك لنصيبه المفرز إلى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ، ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة[1] .

٥٧٣ — الأثر الحقيقى للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل : والواقع من الأمر أن للقسمة ، بطبيعتها ، أثراً مزدوجا ، كاشفا وناقلا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا إن أرضا يملكها اثنان فى الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضاً ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما . فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها ، فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الشريك الآخر . فهل يكون للإفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقل ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه فى الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفى أثناء الشيوع ، ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالإفراز إذن ثبت للشريك فى هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة فى النصف الآخر ، فخلصت له بذلك الملكية الكاملة فى جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « القسمة ، سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها أثران : (١) يكون لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المدنى المختلط وهى تنص على أن القسمة منشئة كالبيع) . ومن أجل هذا يقال عادة إن القسمة مقررة أو كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف أثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

في نصف النصيب . وأثر ناقل في النصف الآخر . ويكون للقسمة إذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج : كاشف وناقل(١) .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن نغلب أثراً على آخر في المواضع التي يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر . فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل إذا دعت المقتضيات العملية إلى ذلك .

ولما كانت المقتضيات العملية التي تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التي تستدعي تغليب الأثر الناقل ، فقد سار التقنين المدني على النهج التقليدي وعمم أثر القسمة ، فجعله في جميع الأحوال أثراً كاشفاً .

---

(١) وهذا التحليل الذي نقول به نجد له نظيراً في الفقه الإسلامي ، فقد قال الكاساني في البدائع : « وأما بيان معنى القسمة ... فهي ... عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فإذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلابد أن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة . فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازاً وتمييزاً أو تعييناً لها في الملك ، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيراً أيضاً في الفقه الفرنسي الحديث ، إذ يقول أوبري ورو : « والواقع من الأمر أن القسمة ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائي ، وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهي ليست محض كاشفة ، لأنها تحول حقا شائعا في مجموع المال المملوك في الشيوع إلى حق مقصور على صاحبه في جزء محدد تحديداً ماديا من هذا المال . وهي ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع في كل ذرة من ذرات الجزء المفرز الذي آل إليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال إن القسمة محض ناقلة أو يقال إنها محض كاشفة ، فالعبارة الأخيرة تقصر عن الحقيقة ، في حين أن العبارة الأولى تجاوز الحقيقة » (أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١) .

ويقول كولان وكابيتان ودي لاموراندير : « يبدو أن القسمة ... لها طبيعة مزدوجة : فهي في وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكابيتان ودي لاموراندير الطبعة العاشرة ٣ فقرة ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهي كاشفة فيما يتعلق بما كان للمتقاسم من حق شائع في الجزء الذي استقل به في القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التي كانت لهم في هذا الجزء – وانظر أيضاً بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٢ ص ٢٨٢ .

٥٧٤ – تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج : والتاريخ نفسه يؤيد فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للقسمة فى القانون الرومانى أثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الأثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى انتهى به إلى هذه النتيجة هو أنه اعتبر الشريك ، فى اختصاصه عند القسمة بنصيب مفرز ، يكون قد بادل شركاءه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بحصته الشائعة فى كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء . ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية ، فالقسمة التى أجرت هذه المبادلة تكون هى أيضاً ناقلة للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل القسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة ، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا ناقلة لها . ومن أجل هذا قلنا إن القانون الرومانى قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمحض أثراً ناقلا ، كما لا يتمحض أثراً كاشفا . فإذا جعل القانون الرومانى للقسمة أثراً ناقلا ، فإنما يكون هذا تغليبا للأثر الناقل على الأثر الكاشف ، إذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الرومانى إلى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن للقسمة أثراً ناقلا أن جعلوا كل متقاسم خلفا خاصا للمتقاسمين الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هذا النصيب المفرز إلى المتقاسم محملا بالحقوق العينية التى رتبها المتقاسمون فى أثناء الشيوع عليه ، كحق رهن أو حق انتفاع . كذلك اعتبرت القسمة ، بوصفها عقدا ناقلا للملكية ، سببا صحيحا فى التقادم القصير .

وبقيت القسمة ذات أثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم إلى أواخر القرن الرابع عشر على الأقل ، ثم ظهرت فكرة الأثر الكاشف تحت ضغط الحاجات العملية ، فهذه الحاجات هى التى غلبت ، على نقيض ما كان الأمر فى القانون الرومانى ، الأثر الكاشف على الأثر الناقل .

ظهرت الحاجة العملية إلى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى ، عندما أصبح التصرف فى أموال الإقطاع (*fiefs*) جائزاً بموافقة السيد **(Seigneur)** فى نظير تحصيل رسوم مالية **(droits seigneuriaux, de lods et ventes)** ،

ﻫ) إذ كانت القسمة ناقلة كما كان الأمر في القانون الروماني ، فقد كان مقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الإقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد إذ المال قد انتقل إليهم بالقسمة . وذلك بالإضافة إلى الرسوم التي سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال التركة إليهم من مورثهم . وتفاديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأي على أن تعفى القسمة العينية من الرسوم لأنها شبهت بالمقايضة . وكانت المقايضة معفاة من الرسوم . أما قسمة التصفية . فقد ذهب دمولان إلى إعفائها من الرسوم أيضا إذا رسا المزاد على أحد الشركاء[1] . وقيل في تبرير ذلك إن القسمة هي نقل ضروري للملك (aliénaton nécessaire) ، لأن الوارث لا يجبر على البقاء في الشيوع . وقيل كذلك إن الرسوم قد دفعت عندما تغير شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغيير في الأشخاص بل يبقى الورثة كما هم . ومهما يكن من أمر ، فإن الأثر الناقل للقسمة قد تقلص في ميدان القانون المالي تحت ضغط الحاجة العملية ، وحل محله الأثر الكاشف .

وظهرت الحاجة العملية أيضاً إلى الأثر الكاشف في مجال القانون المدني ، إذ ظهر الرهن المعروف باسم "obligatio bonorum" ، وكان رهنا خفيا عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أي تصرف في ورقة رسمية أو على أثر أي حكم بالمديونية . فكان مقتضى أن للقسمة أثراً ناقلا أن ينتقل النصيب المفرز إلى الشريك محملا بالحقوق التي ترتبت عليه في أثناء الشيوع ، ومنها هذا الرهن الخفي العام الذي كان ذائع الانتشار . فقيل ، للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادي هذا الرهن ، إن القسمة ليست من عقود المضاربة (contrats de commerce) ، بل هي وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذي كان له . ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المفرز الذي يقع في نصيبه ، خاليا من الرهن الذي رتبه غيره ، ومن الحجز الذي وقع على حصة غيره[2] . وهكذا تغلب في مجال القانون المدني ، كما تغلب

---

(١) أما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فقد اعتبرت القسمة بيعا ، ومن ثم أصبحت خاضعة للرسوم .

(٢) وذلك بعد قضية مشهورة سميت بقضية الإخوة الأربعة (l'affaire de quatre frères) ، تمسك فيها دمولان بالأثر الناقل للقسمة ، وتغلب الرأي العكسي تحت ضغط الحاجات العملية .

فى ميدان القانون المالى ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائما ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأثر الناقل هو المتغلب . وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة فى القانون الفرنسى القديم .

ونقل پوتييه القانون الفرنسى القديم فى هذه المسألة على الوجه الذى استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشيوع . ولكنه لجأ أخيراً إلى الافتراض القانونى ، فقال إن كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع فى نصيبه ، وأنه لم يرث شيئا فيما وقع فى نصيب غيره من الورثة . ومن هذه العبارة نقلت المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى . ولا شك فى أن تعميم الأثر الكاشف للقسمة فى هذه النصوص إنما جاء عن طريق الافتراض والمجاز القانونى .

٥٧٥ — ظهور فكرة الأثر الكاشف فى الفقه الحديث على سبيل الحقيقة لا على سبيل المجاز والتمييز بين الأثر الكاشف والأثر الرجعى :

ثم ظهر أخيراً فى الفقه الحديث اتجاه يذهب إلى أن الأثر الكاشف للقسمة لا يؤخذ على سبيل المجاز كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وكما انتقل بعد ذلك إلى التقنين المدنى الفرنسى ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة[1] . فالقسمة بطبيعتها لها أثر كاشف ، إذ هى لا تنشئ حقا جديدا للمتقاسم ، بل إن الحق الذى كان له فى أثناء الشيوع هو الذى آل إليه بالقسمة . وكل ما أحدثته القسمة من أثر فى حق المتقاسم إنما كان فى تركيز هذا الحق فى محله المادى . فبعد أن كان الحق شائعا بحصة معنوية فى كل المال الشائع ، وكان هناك تباين بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى ، أصبح النطاق المعنوى للحق ، بالقسمة ، مطابقا لنطاقه المادى . فالأثر الكاشف للقسمة لا يتضمن أى

---

(١) انظر بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٦٣٩ – أنسيكلوپيد داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ – فقرة ١٧٦٦ – Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ٥٦ وما بعدها وص ٤٧١ وما بعدها – Chevallier رسالة من رن ١٩٣٢ – Houin بحوث جماعة هنرى كاپيتان سنة ١٩٤٧ جزء ٣ ص ٢٤٨ وما بعدها – Boyer رسالة من تولوز ١٩٤٧ – Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ فقرة ١٥٢ وما بعدها – Déprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ فقرة ٩٢ وما بعدها .

افتراض مخالف للحقيقة ، وإنما هو بالذات الذي تقتضيه وظيفة القسمة عينها(١)

---

(١) وقد ساير هذا الاتجاه فريق من الفقهاء في مصر . فيقول الأستاذ إسماعيل غانم إن « التحليل الصحيح لحق الشريك المشتاع هو أنه حق ملكية على الشيء الشائع كله . وإن كان محددا تحديداً معنويا بحصة الشريك في الشيوع . ويترتب على ذلك أن القسمة ، بإفرازها للشريك جزءا ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده ، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له من قبل ، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية له المادي الشيء الشائع كله . وإنما هي تقتصر على التغيير في هذا الحق على وجه معين ، بإيجاد التطابق بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي . فبعد أن كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد تحديدا معنويا بالثلث مثلا ، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التي كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله ، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددا تحديدا ماديا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده ، ويعادل الحصة التي كانت له في الشيء كله . القسمة إذن لا تنقل للمتقاسم حقا جديداً ، وإنما هي محددة للحق الثابت له منذ أن تملك في الشيوع ، فهي تقتصر على التغيير في بعض عناصر هذا الحق ، في نطاقيه المادي والمعنوي ، بجعلهما متطابقين ، فتزيل بذلك العقبات التي كانت ترجع إلى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتي كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته . وإذا اتضح أن هذه هي وظيفة القسمة ، فإن وصفها بأنها كاشفة يكون معبراً عن حقيقة الحال ... وإذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أي افتراض مخالف للحقيقة ، وإنما هو ما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها ، فلا محل للتضييق في تطبيقه ... » (إسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٢٦١ – ص ٢٦٣) . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « فالقسمة إذن لها أثر كاشف ، بمعنى أنها لا تخلق لأي متقاسم حقا جديداً لم يكن له ، بل هي تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع والممتد بعد القسمة ، ولكن بتعديل جوهري في محله : فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد ، تأتي القسمة فتطلق ما كان قائما له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره – بما يطابق ما كان له من حصة معنوية – في جزء مادي مفرز من هذا الشيء ، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية في وضعها السابق بجعل سلطاتها على المحل المحدد بالإفراز مطلقة خالصة للمقسوم له وحده . فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده ، ولكن بعد أن تحقق بالإفراز التطابق بين المحل المادي والحصة المعنوية بما يمتنع معه ما كان مصاحبا للشيوع قبل القسمة – نتيجة انعدام هذا التطابق – من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل» (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص ٥١٢) . ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة : « إن حق الشريك المشتاع ، وإن كان محدداً تحديداً معنويا بحصته الشائعة ، إلا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله ، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بإفراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما . والقسمة إذ تحقق هذا التطابق إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهي لا تخول الشريك سنداً جديداً ، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة .. وهي لا تخول الشريك حقا جديداً ، بل يقتصر أمرها على التغيير في حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق .. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا ، لأنه مستمد من طبيعة القسمة » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٣ ص ٢٢٧) . =

والقائلون بالأثر الكاشف الحقيقى للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعى ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثانى . فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول إلى أهم نتيجة يقصد إليها من القول بالأثر الرجعى ، وهى أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهى تكشف عن حق المتقاسم فى نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء الشيوع ، وأنه هو نفسه الذى آل إلى المتقاسم بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعى ، وهو الأثر الذى ينطوى عليه نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ونص المادة ٨٤٣ مدنى مصرى ، إذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » . فيفترض إذن بمقتضى الأثر الرجعى أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المفرز فى التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التى أعقبت

= ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، ويذهب ، على النقيض منهم ، إلى أن القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة ، فيقول : « وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذى اختص به لا يمنع من القول إن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... إلا الحق الشائع الذى كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية مفرزة » . (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢) . ويرد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية فى أقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى وبذلك لا يصبح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذى كان قائما وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادى ، بما يأتى : « معنى أن أثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، أنها تعطى الشريك ، الذى له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشىء ، بعد أن كان له حق يخول له ثلث مضمون الملكية على الشىء كله . ولا يمكن – فى ظل هذا التفسير – أن نقول إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون . فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شىء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية ، وبعد القسمة أصبح للشريك حق يرد على جزء من الشىء ومضمونه هو كل مضمون الملكية . وهو ما يكفى – فى تقديرنا – للقول إن القسمة تعطى الشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع » (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

موت المورث ، وتبقى إلى أن تمت القسمة . وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن . وواقع الأمر أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت ، وخلفت آثاراً لا يجوز تجاهلها . منها أن ما قبضه الورثة من الثمار في أثناء الشيوع لا يجب رده[1] . ولو أعمل الأثر الرجعي لوجب رده ، ولوجب أن يستولي كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال . ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث[2] . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوع التي سبقت القسمة . وإذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوع هذه ، فإنه لا يجوز القول بالأثر الرجعي ومن شأنه أن يمحو مرحلة الشيوع محواً تاماً ويعتبرها كأنها لم تكن[3] .

٥٧٦ — تضارب الآراء فيما يجب إدخاله من تعديل في نصوص التقنين المدني الخاصة بأثر القسمة : وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعي ، وتغليب الأثر الناقل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم ، وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ مدني من اعتبار المتقاسم مالكاً للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هي حماية المتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق . ويجب قصر إعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق ، واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٣ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٧ — وانظر في الأخذ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعي إسماعيل غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ وفقرة ١٣٢ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ — حسن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها — وانظر في استساغة القول بالأثر الرجعي مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٣ — ص ٢١٥ .

تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعى ، إلى تضارب الآراء فيما يقترح إدخاله من تعديل فى نصوص التقنين المدنى فى هذا الخصوص .

فمن قائل بضرورة إلغاء المادة ٨٤٣ مدنى اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغنى ذلك عن تقرير الأثر الرجعى . ويقول أنصار هذا الرأى إن « فى هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة وللقسمة ، لم تعد للأثر الرجعى ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشيوع فى الشىء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، إلا أنه لا يكون نافذاً قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم . ولن يتغير الوضع إذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذى تصرف فيه الشريك فى نصيب شريك آخر ، إذ أن الشريك الذى اختص بذلك الجزء ليس خلفا للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز ، وتتحقق حمايته من الحقوق التى تقررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة إلى افتراض أثر رجعى للقسمة»[١] . ونرى مما قدمناه أن صحة هذا الرأى يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلا للمناقشة والأخذ والرد ، ويوجد رأى يعارضه فيذهب إلى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الإشارة إلى هذا الرأى[٢] .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدنى بما يستبعد الأثر الرجعى للقسمة ويبرز أثرها الكاشف ، وفى رأى أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتى : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء[٣] » . ويعيب هذا الرأى ، فى نظرنا ، فضلا عن أنه يذهب

---

(١) إسماعيل غانم فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥ وفقرة ١٣٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٧٥ ص ٩٥٣ هامش ١ – ويلاحظ أن الاتجاه الحديث الذى يذهب إلى أن للقسمة بطبيعتها أثراً كاشفاً من شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، فى أثناء الشيوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك فى الشيوع يقع على حصة معنوية فى المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (انظر آنفا فقرة ٤٨٥ فقرة ٥١٤ فى الهامش) .

(٣) حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع فصلة من مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ – سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

إلى أن القسمة كاشفة بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلا للنظر كما قدمنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التى تترتب عليه ، ويغفل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير . فإذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح إذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره .

ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة ، ويقترح إلغاء المادة ٨٤٣ مدنى ، « وبهذا الإلغاء – كما يقول أنصار هذا الرأى – يزول السند التشريعى لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف »[1]. وإذا ترك بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف ، فالمنتظر أن الآراء تضطرب كثيراً فى ذلك ، وهى منذ الآن ومع وجود نص المادة ٨٤٣ مضطربة . وقد رأينا أصحاب الرأى الأول يذهبون هم أيضاً إلى إلغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا إلى نتيجة هى عكس النتيجة التى يريد أن يصل إليها أصحاب هذا الرأى الأخير ، وهى أن القسمة كاشفة لا ناقلة .

---

(١) منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر فى بقية التعديلات التى يقترحها – غير إلغاء المادة ٨٤٣ – نفس المرجع ص ٢١٢ – ص ٢١٣ .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى إلى إمكان استخدام نظرية الحلول العينى للوصول إلى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل إليه خاليا من تصرفات شركائه ، فيقول فى هذا المعنى : « فحق الشريك فى الشيوع بطبيعته معرض دائما للتحول إلى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عند القسمة . ولما كان وصف حق الشريك فى الشيوع على هذا النحو مستمداً من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك فى حقه بإنشاء حق للغير عليه يؤدى إلى أن يكون حق الغير نفسه موصوفاً بمثل هذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يعطى غيره أكثر مما له . فكما أن المالك تحت شرط أو المالك ملكية موقتة لا يستطيع أن ينشىء لغيره إلا حقا معلقا على شرط أو حقا موقتا ، فكذلك المالك على الشيوع وحقه معرض دائما للتحول على النحو الذى بيناه لا يستطيع أن يعطى غيره إلا حقا معرضا للتحول على نفس الوجه . فلا يتبع حق الشريك الذى ينتقل بالقسمة إلى متقاسم آخر ، وإنما يرد على ما يختص به الشريك الذى أنشأه . فنكون بصدد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق ابتداء على حق الشريك الشائع ، ولما استبدل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقا مفرزاً ، يصبح الحق المفرز محلا للحق الذى كان وارداً على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العينى » (منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١١٢) .

وإلى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسألة ، وإلى أن يستقر الرأى فى الاتجاه الجديد الذى أخذ يظهر فى الفقه الحديث ويقول إن القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من استبقاء المادة ٨٤٣ مدنى كما هى ، تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد . على أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانونى أو المجاز . فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العلمية إلى استخلاصها من الأثر الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك[١] . ويشفع لما نقول أن القسمة فى حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا إنها أثراً كاشفا أو قلنا إن لها أثراً ناقلا ، فلابد من استخدام شىء من الافتراض والمجاز فى كل من القولين . فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوى على افتراض

---

(١) ومن المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى ، لأن الحاجة العملية لا تستدعى إعمال هذا الأثر ، ما يأتى :

أولا – الثمار التى ينتجها المال الشائع فى أثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرز ، لم يمكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعى للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو إذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب إلا من وقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا – العبرة فى تحديد المال الشائع وفى تكوين الحصص تكون بالمال الموجود وبقيمة هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا – يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء فى أثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩/١ مدنى) . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تسقط تصرفات الشركاء إلا تصرف الشريك الذى وقع فى نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة فى المادة ٨٣٢ مدنى .

رابعا – إذا صدر قانون جديد فى أثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التى تتم بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجعى عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، مادام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز بأثر رجعى فى وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر فى مسائل أخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى وبوقف التقادم وانقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على الشىء الذى اختص به الشريك الراهن : إسماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٢٩٧ – ص ٣٠١ .

يغطى ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ؛ وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف إلى جانب الأثر الناقل[١] .

ومهما يكن من أمر ، فلاشك فى أن المادة ٨٤٣ مدنى ، من ناحية القانون الوضعى ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعى ، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبحث فى صدد هذا النص مسألتين :

(١) مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . (٢) النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف .

§ ١ – مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ — أ . مجال التطبيق من ناحية التصرفات : كل تصرف من شأنه أن ينهى الشيوع يكون له أثر كاشف . فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية[٢] ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف[٣] . أما القسمة الموقتة ، وهى قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، إلا إذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت إلى قسمة نهائية[٤] .

وفى قسمة التصفية تفصيل . إذ يجب التمييز بين ما إذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبى . فإذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، بيعا فى المزاد

---

(١) ولعل هذا هو الذى دفع لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى إلى أن تستبق فى مشروعها التمهيدى نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى (وهى التى تقابل المادة ٨٤٣ من تقنينا المدنى) . فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، إلى نص مستمد من المادة ٨٨٣ يسرى على القسمة وعلى كل تصرف معادل للقسمة يكون الغرض منه إنهاء حالة الشيوع أو التمهيد لهذا الإنهاء (انظر أعمال لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٩٥٣ – سنة ١٩٥٤ ، سنة ١٩٥٤ – سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها) .

(٢) ولو كانت قسمة فعلية . .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١١٣ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٩ ثانيا – بيدان ، ليبال ٥ مكرر فقرة ٤١٧ – بلانيول وريبير ، بولانجيه ٣ فقرة ٣١٣١ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٧ .

(٤) انظر المادة ٨٤٦/١ مدنى وانظر آنفا فقرة ٤٩٢ .

أو بيع بممارسة ، كان البيع قسمة أوقعت فى نصيب الشريك المشترى هذا المال بأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذ بدء الشيوع[١]. ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر فى هذا المال تكون قد صدرت فى أثناء الشيوع ، وتثبت تصرفات الشريك الذى وقع المال فى نصيبه . أما الثمن الذى بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة . وإذا كان المال قد بيع لأجنبى ، بيعا فى المزاد أو بيع بممارسة ، فإن التصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشترى[٢] . ومن ثم يجوز للمشترى أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع[٣]. أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، وعلى ذلك يكون للدائن الذى رتب له هذا الشريك رهناً على العقار المبيع حق التقدم فى الثمن الذى بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهناً على العقار[٤] .

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ ثانيا وهامش ٦ ثالثا – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٣٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٥٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٣٩٦ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ رابعا – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٣ – فقرة ٣١٣٤ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٤٩ – فقرة ١١٥٠ .

(٣) وهناك نتائج أخرى تترتب على أن التصفية تعتبر قسمة إذا وقعت العين فى نصيب أحد الشركاء ، وتعتبر بيعا إذا وقعت لأجنبى . فإن التصفية إذا اعتبرت قسمة جاز نقضها للغبن ، وترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق فى القسمة . أما إذا اعتبرت التصفية بيعا ، فإنه لا يجوز نقضها للغبن إلا إذا كانت العين عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، ويترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، وضمان الاستحقاق فى البيع لا فى القسمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٤) نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١١٣ – نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ – ١ – ٥٧ – ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ – ٣٩٦ – أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ – بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٦ – فقرة ٧٢٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٥٤ – فقرة ٣١٥٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ — تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف : ويعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبيعة إلى حصة الشريك المشترى ، ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا[1] ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة[2] .

ويعادل القسمة الكلية القسمة الجزئية . فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشيوع بالنسبة إلى هذا الشريك وحده مع بقاء الآخرين فى الشيوع ، يكون تصرفا كاشفا ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما اختص به من المال مفرزاً مالكا له من بدء الشيوع لا من وقت التصرف[3].

٥٧٩ — ب . مجال التطبيق من ناحية الأموال : ويتناول الأثر

---

(١) نقض فرنسى ١٧ نوفبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٢٥ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهوامش ٧ إلى ٨ ثانيا — بودرى وثال فى المواريث ٣ فقرة ٣٣٠٣ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ٣١٣٦ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٣ فقرة ١١٥٢ — رقان ن بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٣٧ — ويوجد فى أحكام القضاء الفرنسى ما يقرر فى عبارات عامة أن كل تصرف يكون الغرض منه إنهاء الشيوع تماما ما بين الورثة ، أو ما بين الشركاء فى الشيوع ، تكون له حتما طبيعة القسمة ، أياً كان الاسم الذى أعطاه المتعاقدون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧ — أورليان ٢٣ و ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٨ — ٤ — ٣٤٩) . ومن ثم قد قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لأحد الورثة من سائرهم يلحق بقسمة التصفية ويكون له أثر كاشف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر الوارث فى هذه الحالة مالكا لما اشتراه من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٢٦ — على أن القضاء الفرنسى ، فى مجموعه ، يقضى بعكس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفا أن ينتهى الشيوع بالنسبة إلى جميع الشركاء (بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤١ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٩٢ — فقرة ١٧٩٣) .

وانظر فى فروض أخرى للقسمة الجزئية بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٣١٤٣ — فقرة ٣١٤٥ .

الكاشف كل الأموال الشائعة التى كانت محلا للقسمة وتم إفرازها ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتى :

أولا – معدل القسمة ، فإذا قسمت أرض ودار شائعتان بين شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب الأرض معدلا لصاحب الدار ، فإن هذا المعدل مال أجنبى عن الأموال التى أفرزت بالقسمة وهى الأرض والدار . فيسرى الأثر الكاشف على كل من الأرض والدار ، ولا يسرى على المعدل . ومن ثم يعتبر كل من الأرض الدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت القسمة . أما المعدل فلا يسرى عليه الأثر الكاشف ، فيقوم التزاما فى ذمة المدين به بموجب القسمة ، ولكن بأثر ناقل لا بأثر كاشف . فلو أن المعدل كان عقارا ، بأن التزم صاحب الأرض لصاحب الدار بإعطائه منزلا صغيراً معدلا للقسمة ، فإن القسمة بالنسبة إلى هذا المنزل الصغير تكون ناقلة لا كاشفة ، ويترتب على ذلك أن ملكية المنزل لا تنتقل إلى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

ثانيا – الحقوق الشخصية (créances) التى تشتمل عليها التركة لا تدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كل بنسبة حصته فى التركة[1] . ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحلة شيوع تسبق القسمة ، بل هى منذ البداية تنقسم بين الورثة كما قدمنا . فلا مجال لإعمال الأثر الكاشف بالنسبة إليها . ويعتبر كل وارث صاحب حصته فى الحق الشخصى من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحق الشخصى بمجرد وفاة المورث . وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدنى تنص على أنه « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » ، فليس هذا معناه أن الحق الذى للتركة يبقى شائعا بين الورثة إلى حين القسمة . فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم إذا وضع كل الحق عند القسمة

---

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتجرى عليها أحكام عدم القابلية للتجزئة ، لا أحكام الشيوع .

فى نصيب أحد الورثة . فإنما يكون ذلك فى العلاقة فيما بين الورثة وحدهم أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق فإنه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحق فى نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته فى الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق . ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ، بالنسبة إلى المدين ، إلا من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حق المدين بإعلانها أو بقبولها (١)

٥٨٠ — ح. مجال التطبيق من ناحية الأشخاص : يسرى الأثر الكاشف بالنسبة إلى جميع المتقاسمين ، أى بالنسبة إلى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمة . ويستوى فى ذلك من كان يملك فى الشيوع منذ بداية الشيوع ومن كان يملك فى الشيوع بعد ذلك مادام أنه مالك فى الشيوع وقت القسمة. ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك على كل شخص غير وارث انتقلت إليه حصة الوارث فى الشيوع قبل القسمة . فليس من الضرورى إذن أن يكون جميع الملاك فى الشيوع قد استمدوا حقوقهم من سند واحد ، بل قد تختلف سندات التمليك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الأول . ومع ذلك يسرى الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة إلى الاثنين معاً (٢) .

ويسرى أيضاً الأثر الكاشف بالنسبة إلى الغير . فإذا رهن أحد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءا مفرزاً من المال الشائع لدائن مرتهن ، فإن هذا الدائن — وهو من الغير — يسرى فى حقه الأثر الكاشف . ويترتب على ذلك أنه عند القسمة ينتقل إلى شريك آخر ، غير الشريك الراهن ، نصيبه المفرز خاليا من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى فى حق

---

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق ، ليس فحسب وجود الحق كما هى القاعدة العامة (م ٣٠٨/١ مدنى) ، بل أيضا يسار المدين وقت القسمة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك — انظر فى هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٢٩ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهامش ٩ ثالثا ورابعا — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٨٩ .

الدائن المرتهن وهو من الغير . وإذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار كله فى نصيب مالك مشتاع آخر ، فإنه ينتقل إلى هذا المالك خاليا من الرهن . وبذلك يسرى الأثر الكاشف هنا أيضاً فى حق الدائن المرتهن . بل إن هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فإن المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبلغا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن[1] .

§ ٢ – النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف

٥٨١ – بيان أهم هذه النتائج : من أهم النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة : (١) سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز . (٢) عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا ناقلا للملكية . (٣) عدم ضرورة تسجيل القسمة فى العلاقة التى تقوم فيما بين المتقاسمين .

وهناك نتائج تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وما يستتبعه هذا الأثر من أن القسمة عقد مساواة ما بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة . ومن أهم هذه النتائج : (١) نقض القسمة للغبن . (٢) عدم جواز استرداد المال المتنازع فيه إذا كان محلا للقسمة . (٣) ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة .

ونتناول فى إيجاز هذه النتائج بالبحث .

٥٨٢ – سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز : بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع فى حصته الشائعة أو فى جزء مفرز من المال الشائع ، ورأينا أنه عند القسمة ووقوع جزء مفرز من المال الشائع فى نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التى صدرت من شركائه الآخرين فى أثناء الشيوع

---

(١) نقض فرنسى ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ – ١ – ٢٤٩ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٤ – ١ – ١٨٠ – ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٢ .

ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يتثبت وينفذ إلا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز . وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة. وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تنبت فى القانون الفرنسى القديم إلا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو .

ويترتب على ذلك أن الشريك . الذى خلص له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه ، يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين . فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته ، أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه .

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر ، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية . فإذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر . فإن هذا الشريك الآخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه .

كذلك إذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المال الشائع بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فإن عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الأول يسقط ، ويخلص المال للشريك الآخر خاليا من هذه التصرفات . ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع ، إذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل إلى شريك آخر .

٥٨٣ — عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير : إذا اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار ، فإنه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة إذ القسمة كاشفة لا ناقلة ، ولكنه يعتبر مالكا له كما قدمنا منذ بدء الشيوع .

ثم نفرض أحد فرضين : (١) أن يكون هذا العقار قد ورثه المتشاعون

فى تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصبا إياه أو واضعا يده عليه دون سند تمليك . فالوارث الذى وقع فى نصيبه هذا العقار ، إذا استمر حائزاً له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم القصير . فهو لا يستطيع أن يستند إلى القسمة ، إذ هى لا تعتبر سببا صحيحا لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون ناقلا[1] . ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، إلى الميراث وهو السبب الذى يصعد إليه كسند للتمليك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سببا صحيحا فى التقادم القصير . (٢) أن يكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعا بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزاً فى نصيب أحدهم . فهذا الشريك إذا استمر حائزاً للعقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضاً أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير لما قدمنا . ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد إلى البيع الذى بموجبه اشترى هو وشركاؤه العقار ، ومن ثم يصير مالكا بالاستناد إلى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية . ونرى من ذلك أن الشريك يتملك العقار بالتقادم القصير ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة[2] .

٥٨٤ – القسمة والتسجيل : ميز قانون الشهر العقارى فى التسجيل بين العقود الناقلة للملكية كالبيع والعقود الكاشفة كالقسمة . ففى العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . أما فى العقود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا ، لأنه عقد كاشف لا ناقل ، فلا حاجة إلى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها . ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، فى علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة[3].

---

(١) نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ – ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٧ ص ١٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من =

أما بالنسبة إلى الغير ، فلا يحتج بالقسمة عليهم إلا إذا سجلت [(١)]. فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته في العقار شائعة ، وسجل المشترى البيع قبل أن تسجل القسمة ، استطاع المشترى أن يحتج بعقده المسجل على الشركاء . فإذا كان العقار المبيع قد وقع في حصة شريك غير البائع ، فإن المشترى يستطيع أن يحتج عليه بعقد البيع الذى سجل قبل تسجيل عقد القسمة [(٢)]. أما إذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع ، فإن الشريك الذى وقع في نصيبه العقار يستطيع أن يحتج بعقد القسمة على المشترى ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشترى [(٣)].

ولكن إذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة إلا إذا سجلت ، فإن الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشترى للحصة الشائعة في المثل الذى قدمناه ، إذا سجل عقد شرائه ، وكانت القسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها في مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة في حقه وفى حق سائر الشركاء [(٤)] .

= أجزاء العقار المقسم ، وبأنه لا تحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر أيضا نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٥ .

(١) ولما كانت القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها ، فإن رسوم تسجيلها أقل من رسوم العقود الناقلة للملكية كالبيع .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ – ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ – وقرب نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٩٨٧ – وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ .

فيكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة له ، ويجوز أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا في حقه ، وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه (إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٣) انظر فى أثر سوء النية والتواطؤ فى صحة التسجيل فى العقود الناقلة كالبيع وفى العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ – وقارن إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٩ .

(٤) والغير هنا ، بمعناه الفنى ، هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده طبقا للقانون ، وذلك كالمثل الذى أوردناه فى المتن . ويوجد كذلك ، إلى جانب =

= الغير بمعناه الفنى ، شخص أجنبى أصلا عن عقد القسمة ، وهذا له أيضاً أن يتمسك في مواجهة الشركاء بعقد القسمة ولو لم يسجل . فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق القسم الشرقى أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربي الأخذ بالشفعة . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق للقسم الشرقى ، مالكا ملكية مفرزة للقسم الغربي بالقسمة حتى قبل أن تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار – وهو أجنبى أصلا عن القسمة كما قدمنا – أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ – وقارن نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ – ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١) .

والمشترى لجزء مفرز بعد القسمة لا يعتبر من الغير بمعناه الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة . فإذا اقتسم شريكان أرضا ، واختص كل منهما بجزء مفرز منهما ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فليس للمشترى لهذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقدا لأسباب الحكم وقد اعتبرت المشترى من غير : إسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ هامش ٢) . ومع ذلك قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفرز لاحقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة – فى هذه الحالة لا يتلقى المشترى حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشترى إذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشترى لجزء مفرز قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه بالقسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفرزاً قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء المفرز فى نصيب البائع له بموجب القسمة ، أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) .

٥٨٥ — النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف وليست عقد مضاربة : وقد ذكرنا فيما تقدم(١) من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة .

والمقارنة فى كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة . أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمه القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة إلى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به فى القسمة . فإن كانت قضائية ، ففى الإجراءات التى تحاط بها والضمانات التى تصحبها مايكفل منع الغبن الفاحش . وإن كانت اتفاقية ، فقد رأينا(٢) أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن إذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد إلا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون بإكمال ما نقص من حصته نقداً أو عينا (م ٨٤٥ مدنى) ، وهذا كله تحقيقاً للمساواة ما بين المتقاسمين ، فإن غبن أحدهم يخل بهذه المساواة . أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قدمنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتبايعين خاليا من العيوب . وفى حالة استثنائية فى البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا زاد على الخمس ، ولكن حتى فى هذه الحالة يقتصر المشترى على إكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار لا إلى قيمة العقار كلها .

ويترتب على ذلك ، ثانيا ، أنه لا يجوز استرداد المال المفرز الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ مدنى على أنه « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشترى الحق

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٨١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ وما بعدها .

المتنازع فيه مضاربا يتصيد شراء الحقوق المتنازع فيها بأبخس الأثمان ليكسب من وراء ذلك الشيء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه قصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه المضارب إذا هو رد له الثمن الحقيقي الذى دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. وليس الأمر مقصوراً على البيع ، بل يمتد إلى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلا لملكية الحق . أما القسمة فهى كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يمتنع أن يسترد المنازع فى الحق هذا الحق المتنازع فيه إذا آل بالقسمة إلى أحد الشركاء . فلو أن حقاً متنازعا فيه وقع فى نصيب أحد الشركاء مقوما بأقل من قيمته ، لم يجز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق فى القسمة . وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل إلى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدنى بمنع الاسترداد « إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أوملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر » ، فيكون منع الاسترداد فى القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثا ، أن ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، وسنبين ذلك فيما يلى[1] .

---

(١) وهناك أحكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمسائل لا ترجع إلى الأثر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك أن امتياز المتقاسم تسرى عليه أحكام امتياز البائع فيما عدا القليل ، وأساس امتياز البائع أن البائع قد أضاف بالبيع جديداً إلى ذمة المشترى ، أما أساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين . ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المعدل أو لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض فى ضمان التعرض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى عدم جواز فسخ القسمة فى هذه الحالات ، ويكتفى بمطالبة المتقاسم المخل بالتزامه أن يفى بهذا الالتزام ، وذلك محافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء [illegible] للنظر . والأولى أن يرد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمر فى الحكم بالفسخ إلى تقدير القاضى ، وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة ، فيقضى بفسخ القسمة أو لا يقضى . وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ . فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط ١ فقرة ٤٦٨ – إسماعيل غانم فقرة ١٢٢ – حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧٠ – وقارن استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ والحكم يمنع فسخ القسمة جريا على نهج القضاء الفرنسى) .

المطلب الثانى

ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة

٥٨٦ – نص قانونى : تنص المادة ٨٤٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشىء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

« ٢ – غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه »[1] .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان فى مجموعه يسير على هذه الأحكام .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٩٨ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٦ – وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٨[2] .

= وانظر فى جواز إبطال القسمة إذا وقعت فى فترة الريبة تطبيقا للمادة ٢٢٨ تجارى ، أسوة بسائر المعاوضات ، فتستوى القسمة مع البيع فى ذلك : إسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، عدا بعض خلافات أهمها ما ورد فى الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان إذا كان هناك شرط خاص صريح فى سند القسمة يقضى بالإعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات طفيفة وحذف عبارة « فى سند القسمة » ، فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ – ص ١٢٦) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٨ (مطابق) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق فى المال المفرز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما فى البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشترى الملكية التى نقلها له ، فإن هذا الضمان فى القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلة ، يقوم على أساس آخر هو أن القسمة تقتضى المساواة التامة فيما بين المتقاسمين ، فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان(١)

ويجب ، فيما لم يرد فيه نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، أن نرجع إلى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، ما لم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين(٢)

ويجب الضمان فى كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم فى : (١) الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة . (٢) الآثار التى تترتب على تحقق هذا الضمان .

§ ١ – الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان

٥٨٧ – شروط أربعة : يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

= التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٦ (مطابق للفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقا للأحكام الموضوعة للبيع . (ويضع القانون اللبنانى أحكاما واحدة لضمان التعرض والاستحقاق فى البيع وفى القسمة) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٥ – لذلك قد تكون بعض أحكام الضمان فى القسمة أشد من نظيرتها فى البيع ، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين . من ذلك جعل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم فى القسمة ، وتقدير قيمة الشىء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الإعفاء من الضمان فى عبارات عامة . وسنعرض لتفصيل ذلك فيما يلى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكان هذا التقنين لا يشتمل على نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣)

(١) وقوع تعرض أو استحقاق . (٢) لسبب سابق على القسمة . (٣) عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم نفسه . (٤) عدم وجود شرط يعفى من الضمان .

٥٨٨ – الشرط الأول – وقوع تعرض أو استحقاق : فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق . ولا يكفى أن تكون هناك عيوب خفية فى المال المفرز الذى وقع فى نصيب المتقاسم . والقانون لم يوجب فى القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب فى البيع . ويرجع ذلك إلى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة إذا كانت فيها عين معيبة ، فلابد من دخول هذه العين فى القسمة ومن وقوعها فى نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرز منه . ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية فى القسمة . والسبب الثانى أنه يمكن فى القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص بالقسمة . وهو الجزاء الخاص بالغبن . فإذا وقعت عين معيبة فى نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فإن له أن ينقض القسمة للغبن ، إلا إذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب ، على التفصيل الذى أسلفناه فى نقض القسمة للغبن .

والذى يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر أن التعرض والاستحقاق إنما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم . وهذا ما عرض له النص . أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة . وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم يجب أن يمتنع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر . فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفرزاً فى نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجز لمتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقيم متجراً آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الأول . وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى) . أما إذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى ، كأن كان فى الأموال التى كانت محلا للقسمة عين مملوكة ملكا خاصا لأحد المتقاسمين وليست شائعة ، فوقعت فى نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان . ذلك أن

القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له . والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان . وإنما يجوز هنا إبطال القسمة للغلط ، كما يجوز . بعد أن يسترد المالك العين المملوكة له . أن يطالب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه بنقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه . أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه . وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فإن لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه . كما له أن يطلب إبطال القسمة للغلط . أو نقضها للغبن[1] .

والتعرض الذى يقع من الغير . فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض المادى . فإن المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع . وإنما يضمن المتقاسمون التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانونى . فإذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت فى نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع . أو حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل . فإن ضمان الاستحقاق يقوم فى جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقا ويرفع دعوى بهذا الحق[2] على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به فى الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا . فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه . فيسلم له ادعاءه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان فى هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الأخير

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠١ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبقى أمامه إلا إبطال القسمة للغلط (بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص ٩٣٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢١٨٧) .

(٢) فمجرد علم المتقاسم بأن هناك حقا للغير قد يقع تعرض بسببه لا يكفى لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز فى هذه الحالة للمتقاسم أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة ، فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذى رسا به المزاد عليه ، حتى يزول الخطر .

حقه في الرجوع بالضمان . كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى إذا ملك المتقاسم الدائن بضمان الاستحقاق العين بسبب آخر لا يرجع إلى القسمة ، مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشتريها منه ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحقت لمالكها الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه إلى المتقاسم ، ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا فوجب ضمان الاستحقاق.

٥٨٩ – الشرط الثاني – سبب سابق على القسمة : ويجب أيضاً ، لقيام ضمان الاستحقاق ، أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا يدعي أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر ، إذ تقول : « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فإذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان[1]. مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضاً أن تكون العين التي وقعت مفرزة في نصيب المتقاسم في حيازة أجنبي مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . في هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فإذا أهمل في قطعه حتى تكاملت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فإن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق ، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم إلا لسبب سابق على القسمة[2] كما قدمنا . وسنرى فيما يلي أن هذا الفرض الذي نحن بصدده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر : هو أن الاستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم لأنه أهمل في قطع التقادم واسترداد العين .

أما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم ، فإن ضمان الاستحقاق يقوم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق إلا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٢) دمولومب ١٧ فقرة ٣٤٣ - أوبري ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ ص ٤١٢ - بودري وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٥٠٦ .

فى هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلا ، ثم وقعت العين بالقسمة فى نصيب المتقاسم ، فإن المتقاسم لا يتيسر له فى الشهر الباقى لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذى يتمسك به الغير فى هذا الفرض فى حكم الثابت قبل القسمة ، ومن ثم يقوم ضمان الاستحقاق[1] .

٥٩٠ — الشرط الثالث — عدم رجوع الاستحقاق إلى خطأ المتقاسم

نفسه : وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه » . وقد رأينا فيما تقدم[2] مثلا لاستحقاق يرجع إلى خطأ المتقاسم ، فيما إذا كانت العين التى وقعت فى نصيبه فى حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم فى قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز[3] .

ويكون سبب الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم أيضاً ، إذا رفع عليه الغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع فى الدعوى ، دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدى إلى رفضها . فيفقد فى هذا

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣٥ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٦ وهامش ٢ – انظر عكس ذلك دى باج وديكرز ٩ فقرة ١٤٢٣ ص ١٠٦٤ – وقارن بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعا إلى خطأ المتقاسم ، كأن أهمل فى قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

الفرض حقه فى الضمان[١] . وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، إذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدنى على ما يأتى : « وإذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق » . ويفقد المتقاسم حقه فى الضمان حتى لو كان الدفع الذى أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بأن كان حائزاً الدين وتملكها بالتقادم ، ولكنه أغفل التمسك بهذا الدفع إطاعة لوحى ضميره . فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الآخرين فى الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع[٢] . كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم ، إذا تولى وحده الدفاع فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الآخرين ، وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلا للدفاع أدى إلى خسارته للدعوى ، إذا أثبت المتقاسمون الآخرون أن الغير لم يكن على حق فى دعواه ، وذلك قياسا على المادة ٤٤١ مدنى الواردة فى ضمان الاستحقاق فى البيع .

٥٩١ — الشرط الرابع — عدم وجود شرط يعفى من الضمان :

وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها .. » . ويحسن أن نضع إلى جانب هذا النص النص المقابل فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى فى القسمة أن يكون أكثر تشدداً فيما يتعلق بالإعفاء من الضمان ، فاشترط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الإعفاء صريحا وواردا على الحالة الخاصة التى نشأ عنها الضمان . فقد نصت المادة ٤٤٥ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ – لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ – لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ – بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٧ هامش ٢ .

فى البيع ، على ما يأتى : ١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى . ٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء فى البيع أو فى القسمة ، ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها : بالزيادة أو النقص أو الإسقاط .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء .

ومثل الاتفاق على إنقاص الضمان اشتراط عدم ضمان حقوق الارتفاق فى القسمة أو فى البيع ، ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمدوا إخفاء حق الارتفاق . ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى . فيكفى إذن أن يكون المشترى أو المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون علمه آتياً من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه ، حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان ، ويكون الشرط صريحا فيما يتعلق بالقسمة[1] .

بقى الاتفاق على إسقاط الضمان . ففى البيع يجوز للبائع إعفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاستحقاق بالذات الذى يريد إعفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحا أو ضمنيا . وإذا أراد البائع إعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضا من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أمكن ن يشترط ولو ضمنيا إسقاط الضمان ويثبت فى الوقت ذاته أن

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٥٨ .

المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشترى عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وقد أقدم عليه مخاطرا[1] . أما فى القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قدمنا ، واشترط للإعفاء من الضمان أولا أن يكون شرط الإعفاء صريحا فلا يكفى الشرط الضمنى[2] . واشترط ثانيا أن يذكر فى شرط الإعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الإعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين[3] . وليس ضروريا أن يرد الشرط الصريح بالإعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين[4] .

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أولى لا يكفى مجرد العلم بسبب الاستحقاق ، إذا لم يوجد شرط صريح بالإعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق على خلاف ذلك ، فكان مجرد علم المتقاسم بسبب الاستحقاق يجعل رجوعه على المتقاسمين الآخرين مقصورا على قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياسا على أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى هى التى تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر ، لا يسوغ له فى حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه إلا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع . والمقرر فى عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان يمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو أيضاً الحكم فى القانون الفرنسى ، فيشترط أن يكون شرط الإعفاء من الضمان صريحا وخاصا (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ – فقرة ٣٤١١) .

(٤) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ – إسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٨ وهامش ٢ – وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الإعفاء من الضمان واردا فى سند القسمة ذاته ، فحذفت لجنة المراجعة هذا الاشتراط (انظر آنفا فقرة ٥٨٦ فى الهامش) .

وإذا ورد شرط الإعفاء من الضمان صحيحا على الوجه الذى بسطناه ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن إذا توافرت شروطه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٣) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على تحقق الضمان

٥٩٢ — الأحوال التي يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان : إذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذى بسطناه ، فالأولى بالمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين فى الدعوى ، وذلك على التفصيل الذى أوردناه فى ضمان التعرض فى البيع [١] . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعويض على المتقاسمين ، إذا استحقت العين التى وقعت فى نصيبه [٢] ، فى إحدى الأحوال الآتية :

١ — إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا فى دفع دعوى المتعرض .

٢ — إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أوخطأه الجسيم .

٣ — إذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

٤ — إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم فى الدعوى كان يؤدى إلى رفضها .

٥ — إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه [٣] .

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ .

(٢) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان فى القسمة بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق (عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٦٥ - قارن محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ ومحمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ ويذهبان إلى أن التقادم يسرى من وقت تمام القسمة) .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥١ .

فإذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق فى حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذى سنبينه . (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقا جزئيا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضاً بقدر الضرر الذى أصابه على التفصيل الذى سنذكره . (ج) أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئا فى مقابل حقه صلحا أو إقرارا بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، إذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٥٩٣ — **الفرض الأول — الاستحقاق الكلى** : المفروض هنا أن العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحقت استحقاقا كليا ، بأن استطاع الأجنبى المتعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم. فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقض القسمة كما فى الغبن ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذى يرجع به المشترى فى ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين[1] .

أولا — قيمة العين المستحقة وقت القسمة . ويلاحظ أن المشترى فى البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما فى القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة . وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ». والسبب فى التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح . فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشترى للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر ، وطبيعة

---

(١) انظر م ٤٤٣ مدنى فى البيع .

عقد البيع تسمح بذلك . أما القسمة فقد روعى فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فإذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه فى هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقى وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيدفع له كل منهم ٣٠٠ . فإذا أعسر واحد من الأربعة إعسارا كليا ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقون القدر الذى يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلى و٧٥ حصته فى نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (٣٧٥×٣) ، ويتحمل هو الباقى وهو مبلغ ٣٧٥ (١٥٠٠ — ١١٢٥) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته فى نصيب المعسر وهى ٧٥ .

ثانيا — ملحقات قيمة العين ، وهى الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التى ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المتقاسمون الآخرون سيئى النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان ما لحقه من خسارة[1] . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : (١) أن المشترى يتقاضى من البائع ، إلى جانب ما لحقه من خسارة ، مقدار ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . أما فى القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى ما لحقه من خسارة دون ما فاته من كسب ، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع . (٢) أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التى تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقى

---

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدنى فى ضمان الاستحقاق فى البيع و الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ .

على المتقاسمين الآخرين ، وهذا ما تقتضيه طبيعة القسمة خلافاً لما تقتضيه طبيعة البيع .

٥٩٤ — الفرق الثاني — الاستحقاق الجزئي : لم يفصل المشرع في القسمة ، كما فصل في البيع ، أحكام الاستحقاق الجزئي ، بل اكتفى بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزماً بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان » . أما في البيع ، فيما يتعلق بالاستحقاق الجزئي ، فقد نصت المادة ٤٤٤ مدني على ما يأتي : « ١ – إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة (المبالغ الواجب دفعها في حالة الاستحقاق الكلي) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ – فإذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أوكانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » . وتختلف القسمة عن البيع في هذه المسألة . فإن المشترى ، في حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور في النص ، فيرد ما بقى من المبيع إلى البائع أو يستبقيه . أما في القسمة فنرى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين في النص ، هذا إلى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة وهذا أمر غير مرغوب فيه إلا للضرورة . لذلك نرى الاقتصار ، في الاستحقاق الجزئي في القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقى من العين .

ويتحقق الاستحقاق الجزئي بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من العين شائع أو مفرز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير موجود ، في جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جزئي .

فإذا استحقت العين استحقاقا جزئيا على الوجه المتقدم ، فإن للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاسمين بالتعويض عما أصابه من خسارة ، ولكن لا يرجع عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاته من كسب . ويجب هنا أيضا تطبيق ما سبق أن قررناه في الاستحقاق الكلي ، من أن العبرة في تقدير العين بقيمتها

يوم القسمة ، ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته فى التعويض ، ومن أنه إذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

٥٩٥ — الفرض الثالث — رد ما أداه المتقاسم للمتعرض : تنص المادة ٤٤٢ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع ، على أنه « إذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . والمفروض هنا أن المشترى توقى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقا كليا أو استحقاقا جزئيا ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شىء آخر يؤديه له . فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعا من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات ، بأن يرد للمشترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشترى أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالما من الاستحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر[1] .

ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، فى ضمان الاستحقاق فى القسمة . فالحكمة متحققة ، بل إن القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر[2] .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادى استحقاق العين استحقاقا كليا أوجزئيا بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغا من المال فى مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون فى الغالب صلحا ، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤٠٣ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام إن أحكام ضمان الاستحقاق فى البيع هى الأحكام العامة الواجبة التطبيق فى ضمان الاستحقاق فى جميع المعاوضات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكم منها مع طبيعة العقد ومقوماته الخاصة .

بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الضمان ، وإن كانوا يستطيعون التخلص منه فى مقابل أن يردوا المتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذى دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، فى القسمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم فى ذلك ، فيستنزل نصيبه فى هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجدوا أن المبلغ الذى سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التى كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين . وفى هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح ، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول[1] .

---

(١) والمفروض فى استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض، وتوقى باتفاقه هذا استحقاق العين . أما إذا ترك المتقاسم المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعيد إليه العين بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان الثمن الذى دفعه هذا الأخير فى البيع الجديد أو قيمة العين التى قايض بها . فضمان الاستحقاق يبرئ ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسرى عليه الأحكام التى بسطناها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض يحكمها العقد الجديد الذى تم بينهما والذى بموجبه أعاد المتعرض العين للمتقاسم . وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

الفصل الثانى

الشيوع الإجبارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :

« ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع[1] » .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ — وفى التقنين المدنى العراق م ١٠٨١ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢[2] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائماً على الشيوع . مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين ، أو فناء

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ — ص ١٤٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ : لا يجوز طلب القسمة إذا كان موضوع الشركة أشياء لا تبقى بعد قسمتها صالحة للاستعمال المعدة له .

(وأحكام القانون اللبنانى موافقة لأحكام القانون المصرى) .

مشترك يفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك ، أو مغسل مشترك ، أو ترعة مشتركة ، أو مصرف مشترك[1] . ومثال ذلك أيضاً الحائط المشترك ، والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات[2] .

٥٩٧ — طبيعة حق الشريك فى الشيوع الإجبارى وأحكام هذا الشيوع : وإذا أخذنا أحد الأمثلة التى قدمناها فى الشيوع الإجبارى ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له . لنبحث طبيعة حق كل شريك فى هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوك أيضاً ملكية مفرزة للمالك المجاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول . والوضع الثانى أن يكون الطريق بأجمعه مملوكا ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف فى الشيوع ، ونظراً لما أعد له هذا الطريق من غرض مشترك يكون الشيوع إجباريا ولا تجوز القسمة . وهذا الوضع الثانى ، الملكية الشائعة شيوعا إجباريا ، هو الوضع الصحيح[3] ، وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

---

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الإجبارى « حالة الجوار إذا كان الشيوع نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم إنشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات فى استغلالها أو تركها فسيح بينها بمثابة حرم لها ، بحيث تعتبر هذه المماشى والميادين المتروكة مخصصة جميعها للمنفعة الخاصة للمالكين » (قنا الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ .
وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان المال الشائع لا تمكن قسمته دون إخلال بالغرض الذى أعد له هذا المال (نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٩١ – ٥ – ٤٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ .
وما قدمناه من الشيوع الإجبارى هو الشيوع الإجبارى التبعى ، لأن الشىء المشترك تابع لملكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع إجبارى أصلى له شىء أصلى لا تابع مخصص لخدمة جماعة على وجه دائم ، وذلك كالمبانى والمرافق التى تقام فى الجبانات (أما أراضى الجبانات فهى من الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص إدارى) ، وكذلك صور الأسرة ووثائقها والأوسمة وما إلى ذلك (محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٢ – ص ٢٢٨ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٣ ص ٣٣١) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ – نقض فرنسى ١٣ مارس =

١ – إذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطلا مواجها على بناء جاره . والمسافة التي يتركها هي متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغي أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور[1].

٢ – لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق ، كما كان ينبغي أن يسقط لو أن له فقط حق ارتفاق بالمرور فى النصف الثانى من الطريق[2].

٣ – لا يسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الارتفاق وكانت تسرى لو أن حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور. ومن هذه الأحكام الخاصة التى لا تسرى ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ مدنى من أنه « ١ – ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ٢ – ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال ». ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به »[3].

وإذ تقرر أن الطريق المشترك ، فى المثل الذى قدمناه ، شائع شيوعا إجباريا ، فإن هذا الشيوع الإجبارى يختص بأحكام نذكر منها ما يأتى :

= سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ – ١ – ١٤٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ثالثا ص ٥٥٩ – بودرى وشوفو فقرة ٢٧٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٥٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٤٣ – فقرة ١٠٤٤ – مازو ٢ فقرة ١٣١٦ – كاربونييه ص ٩٣ – محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٣ – شفيق شحاتة فقرة ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٢ – محمد على عرفة فقرة ٣٤٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٩ رفقة ١٧١ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٤ – حسن كيرة فقرة ١٧١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٣ .

(١) نقض مدنى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ – نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٢) نقض فرنسى ٢٥ أبريل سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ – ١ – ٣٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ .

(٣) انظر أيضاً ، بين الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن ثم لا تسرى ، م ١٠٢٠/٢ مدنى وم ١٠٢٣/٢ مدنى .

١ – لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض إلا بموافقة جميع الشركاء. ولا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بإدخال تعديل في الطريق يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذي يقوم بهذا التعديل مالك له بناءان على حافتي الطريق مواجهان أحدهما للآخر وكان التعديل مقصورا على الجزء من الطريق الذي يفصل ما بين هذين البنائين(١).

٢ – تكون نفقات صيانة الطريق ، ليبقى مؤديا للغرض الذي أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ – يجوز لأي من الشركاء أن يتحلل من التزامه العيني بالمساهمة في نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشائعة في ملكية الطريق(٢).

٤ – لا يجوز لأي من الشركاء أن يطالب القسمة لأن الشيوع إجباري كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف في حصته الشائعة في الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة (٣).

٥٩٨ – أنواع خاصة من الشيوع الإجباري : وهناك نوعان خاصان من الشيوع الإجباري نظمهما القانون تنظيما مفصلا . هما الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل)(٤) والأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين من الشيوع الإجباري نوع ثالث هو ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وإن كان إجباريا شيوع موقت غير دائم . ويقوم

---

(١) بودري وشوفو فقرة ٢٧٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ – كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١٠٤١ ص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتي ورينو فقرة ٢٣٦ – كاربونييه ص ٩٢ – محمد كامل مرسي ٢ فقرة ١٥٤ – شفيق شحاتة فقرة ١٥١ – محمد علي عرفة فقرة ٣٤٦ – فقرة ٣٤٨ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٧٠ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٥ – حسن كيرة فقرة ١٧٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٤ .

وقد ورد في التقنين المدني العراقي عدة نصوص تنظم الطريق الخاص المشترك : انظر المواد ١٠٩٣ – ١٠٩٧ من هذا التقنين .

(٤) والحائط الفاصل ليس حائطا مشتركا ، بل هو ملك خالص لصاحبه ، فهو إذن ليس ملكية شائعة . ولكنا ألحقناه بالحائط المشترك لاتصال الموضوعين أحدهما بالآخر اتصالا وثيقا ، وإن كان لكل منهما أحكامه الخاصة به .

على الاتفاق ما بين أفراد الأسرة . فيمكن القول إذن بأن ملكية الأسرة هى شيوع إجبارى ، وإن كان شيوعا اتفاقيا موقتا . ونتناول بالبحث كلا من هذه الأنواع الخاصة .

الفرع الأول

الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ — إثبات الاشتراك فى الحائط المشترك — نص قانونى : إذا فصل حائط ما بين بنائين ، فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين .

ويجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك فى الحائط فى مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك فى الحائط بطريق التقادم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيا على تسامح جاره ، وبقى كذلك طول المدة اللازمة للتقادم[1]

(*) مراجع Delage فى المسائل التى يثيرها البناء الحديث فى شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ – Méjassol فى الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .

(١) أما إذا أقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه فى أرض جاره ، فإن هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام فى أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا أشائعا ما بين المالكين ، بل إن كلا منهما يملك الجزء من الحائط القائم فى أرضه (قارن إسماعيل غانم فقرة ١٤٦ ص ٣٢٩) . وإذا كان البانى للحائط حسن النية ، فإنه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشغولة بالحائط فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) ، فيصبح الحائط فى هذه الحالة ملكا خالصا للبانى ، ويكون حائطا فاصلا غير مشترك .

وقد وضع القانون قرينة قانونية تيسر إثبات الاشتراك فى الحائط . فنصت المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : « الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم دليل على العكس[1] » . والقرينة كما نرى قابلة لإثبات العكس ، وحتى تقوم يجب توافر شرطين :

أولا – أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط . فإذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين ، فلا تقوم القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة إذا كان هناك أرضان متلاصقان لمالكين مختلفين ، وقد أقيم فى الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم القرينة إذا كان هناك بناء مجاور لأرض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية ، وقد أقيم حائط فى الحد الفاصل بينهما[2] .

ثانيا – أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه . فإذا أقيم الحائط ولم يكن هناك إلا بناء واحد ، فإن الحائط يكون جزءاً من هذا البناء وحده . وإذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الأول ، فإن الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك خالص لصاحب البناء الأول كما سبق القول[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١ – ص ٦٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فقرينة الاشتراك فى الحائط فى عهد هذا التقنين قرينة قضائية لا قانونية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (فالقرينة قرينة قضائية) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (فالقرينة قرينة قضائية) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٣) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥٢ – ١ – ٢٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

فإذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لإثبات العكس . فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم سندا على تملكه إياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكا خالصا بالتقادم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه « وملكية الأرض تشمل ما فوقها » (م ٢/٨٠٣) . وإذا تعارضت القرائن رجح قاضي الموضوع بأيها يأخذ[1] .

ومتى ثبت أن الحائط مشترك ، وكان أحد البنائين المتلاصقين أعلى من الآخر ، فإن الحائط يعتبر مشتركا إلى الحد الذى يصل إلى قمة البناء الأقل علوا . أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك إلى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكا خالصا لصاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سالفة الذكر عندما تقول ، عن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين ، إنه « يعد مشتركا حتى مفرقهما »[2] .

ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركا ، وقد يكون غير مشترك بل ملكا خالصا لصاحب أحد البنائين .

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ما أسلفناه : « والأصل أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهى تقابل م ٦٩ من المشروع الإيطالى وم ٦٥٣ من التقنين الإيطالى) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه ، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءاً من البناء الأول ، فإن القرينة القانونية لا تقوم ، ويعتبر الحائط فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء . فإذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البنائين ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . أما الجزء الذى يعلو المفرق ، فملكيته خالصة لصاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائط المشترك

٦٠٠ — مسألتان : أحكام الحائط المشترك تتعلق بمسالتين : (١) النظام القانونى للحائط المشترك . (٢) تعلية الحائط المشترك .

المطلب الأول

النظام القانونى للحائط المشترك

٦٠١ — نص قانونى : تنص المادة ٨١٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » .

« ٢ — فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء . كل بنسبة حصته فيه »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة . وكان القضاء فى عهد هذا التقنين يطبقها دون نص[2] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ — ١٠٨٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠[3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٢ من المشروع على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ — ص ٥٧) .

(٢) انظر استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٠ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من هذا النص : (١) أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغرض الذى أعد له . (٢) فلا يجوز له فتح مناور فى هذا الحائط بدون إذن المالك الآخر . (٣) ونفقات الصيانة والإصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته .

٦٠٢ – استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له :

لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد فى استعمال هذا الحق بقيدين : (القيد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أعد له الحائط . والغرض الذى أعد له الحائط المشترك هو من جهة استتار كل شريك به بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه . (والقيد الثانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى استعماله للغرض الذى أعد له ، وألا يحول دون استعمال الشريك الآخر للحائط على الوجه المتقدم الذكر .

= التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ : ١ – لا يجوز لمالك حائط مشترك أن يرفعه أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ – إنما يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك ، أو أن يسند إليه ، جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ : ١ – لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع عليه أخشابا أو غيرها بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر . ٢ – وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .

م ١٠٨٨ : ١ – إذا وهى حائط مشترط وخيف سقوطه ، وأراد أحد الشريكين هدمه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على الهدم . ٢ – وإذا انهدم الحائط المشترك ، وأراد أحدهما إعادة بنائه وأبى الآخر ، يجبر الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه بإذن من المحكمة أن يعيد بناءه وأن يرجع على الآبى بنصيبه من نفقات البناء . (والقانون العراقى يتفق فى مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠ : لا يجوز لصاحب حائط مشترك أن يرفعه ، أو أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد أنه يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك أو أن يسند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

فإذا أقام الشريك عوارض فوق الحائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضاً حق إقامة عوارض ، فلا يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه . كذلك إذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك فى سمك قمة الحائط المسافة التى يحتاج إليها صاحبه لوضع عوارضه . وإذا وقع خلاف بين الشريكين فى استعمال حق كل منهما ، جاز الالتجاء إلى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيراً .

وغنى عن البيان أنه لما كان شيوع الحائط المشترك شيوعا إجباريا نظراً للغرض الذى أعد له الحائط ، فإنه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف فى حصته الشائعة فيه مستقلة عن العقار الذى يملكه . ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصة الشائعة استقلالا .

٦٠٣ – عدم جواز فتح مناور فى الحائط المشترك : ولما كان الغرض الذى أعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور أو فتحات أخرى فيه ، لأن الحائط المشترك إنما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع إحداث فتحات فيه[1] ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفذ إلى ملك جاره دون موافقة هذا الجار . وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٧٥) . ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له .

وقد يفتح الجار منوراً فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له[2] ، فإذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركا بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء المعلى (م ٨١٦ مدنى) إذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فإنه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور[3] .

---

(١) پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ – ص ٣٠١ .

(٢) أما فتح المطل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد الفاصل ، هذا ما لم يكن الجار قد فتح المطل فى الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقادم .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ٩٥٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٨٧ – پلانيول وريپير وپيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

وإذا فتح الجار منوراً فى الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك ، وبقى المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، لم يجز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور . ولكن يلاحظ فى هذا أن يكون ترك المنور مفتوحا ليس راجعا إلى تسامح الجار . وما قلناه فى المنور نقوله فى المطل ، إذ يجوز أن يفتح الشريك فى الحائط المشترك مطلا ، ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر إجبار شريكه على سد المطل[1] .

٦٠٤ — **نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد** : وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته . وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذى أعد له ، فيحتاج إلى إصلاح ، أو إلى هدم وإعادة بناء . ونفقات الإصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذى أعد له ، ومع ذلك قام الشريك بإصلاحه أو إعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح أو التجديد[2] . كذلك إذا كان الخلل الذى أصاب الحائط فاقتضى إصلاحه أو تجديده راجعا إلى خطأ شريك بالذات ، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الإصلاح والتجديد[3] .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاما عينيا (propter rem) ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) فى الحائط[4] . وإذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته . فإن لم يرممه ، وسقط

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٠ ص ٣٠٥ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٤) ولا يستطيع التخلى إذا كان هو الذى أحدث بخطأه الخلل الذى أصاب الحائط ، لأنه يصبح هو وحده الملزم بنفقات الترميم كما قدمنا ، فلا يجوز له أن يلقى عبئها على الشريك الآخر (محمد على عرفة فقرة ٢٤٤ ص ٣١٥) .

الحائط . كانت الانقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما[١] . على أن حق الشريك فى التخلى عن الحائط على النحو الذى قدمناه يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستنداً إلى الحائط . وإلا فإنه سيظل منتفعا بالحائط بالرغم من تخليه عنه . بل يجب أن يهدم البناء أولا ، ثم يتخلى عن الحائط . ولا يكفى أن يتعهد بهدم البناء ، فإنه قبل أن ينهدم البناء فعلا يظل شريكا فى الحائط ولايستطيع التخلى عنه[٢] .

المطلب الثانى

تعلية الحائط المشترك

٦٠٥ — **نص قانونى** : تنص المادة ٨١٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للمالك إذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه ، بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى . وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ من التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » .

« ٢ — فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية . فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته . بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا ، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض »[٣] .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٤٧٥ — بودرى وشوفو فقرة ٩٧٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٥ — ويفسر بعض الفقهاء ذلك بأن التخلى هنا لا يعنى أكثر من أن الشريك كان ينتفع بالحائط المشترك ومن ثم كان يتحمل تكاليفه . وبنزوله عن الانتفاع بالحائط تسقط عنه التكاليف ، ولكن ملكية الحائط والأرض المقام عليها الحائط تبقى مشتركة (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٥١ ص ٨٤٦) .

(٢) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٤ — ١ — ٤٠٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٤ . فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ — ص ٥٩) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الأحكام الواردة فيه تتفق مع القواعد العامة[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٩ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١[2] .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك فرضين فى تعلية الحائط المشترك : فإما أن يعليه الشريك دون أن يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعليته . وفى الفرضين يبقى الحائط مشتركا فى غير الجزء المعلى ، أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا للشريك الذى قام بتعلية الحائط .

٦٠٦ — تعلية الحائط دون إعادة بنائه : قد يقتضى الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معاً ، وعند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، ويبقى الحائط — ويدخل فى ذلك الجزء المعلى — مشتركا على ما كان .

أما إذا اقتضت التعلية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الآخر ، كأن كان الشريك الذى تقتضى مصلحته التعلية يريد أن يبنى طابقا جديداً فوق طبقات بنائه الموجودة فعلا ، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية

---

(١) انظر استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٧٥ : ١ — لا يلزم أحد بالتنازل لجاره عن حقه المشترك فى الحائط .

٢ — إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق الشريك الآخر إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ... (والتقنين السورى يختلف عن التقنين المصرى فى أنه يشترط فى تعلية الحائط المشترك رضاء كل من الشريكين) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ : لا يلزم أحد التنازل لجاره عن حقه المشترك فى الحائط . بيد أنه إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق هذا الفريق ، إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة .. (القانون اللبنانى ، كالتقنين السورى ، يختلف عن التقنين المصرى فى أنه يشترط فى تعلية الحائط رضاء كل من الشريكين) .

بالشريك الآخر ضرراً جسيما . وعلى الشريك الذى يقوم بالتعلية أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته [١] . وبعد أن تتم التعلية ، يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء المعلى لأن هذا الجزء يكون ملكا خالصا له ، بخلاف الجزء الأسفل فإنه يبقى مشتركا بين الجارين ويتحملان معاً نفقات صيانته [٢] .

٦٠٧ — تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه : فإذا لم تكن التعلية ممكنة دون إعادة بناء الحائط ، فللجار الذى له مصلحة جدية فى التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه معلىً — ويشترط هنا أيضاً . قياسا على ما اشترط فى الفرض الأول ، ألا يلحق هدم الحائط وإعادة بنائه ضرراً جسيما بالجار الآخر . فإذا كان بناء الجار الآخر معتمداً على الحائط ، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه ، فإن هذا يعتبر ضرراً جسيما يلحق الجار ، ويمنع من يريد التعلية من القيام بها . وعليه فى هذه الحالة أن يترك الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطا آخر إلى جانبه عند الاقتضاء ، ويكون هذا الحائط الآخر ملكا خالصا له .

أما إذا كانت إعادة بناء الحائط معلىً لا تلحق ضرراً جسيما بالجار ، كان لمن يريد التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه ، ويكون الهدم وإعادة البناء على نفقته . وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك الحائط فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضاً عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

وبعد إعادة بناء الحائط ، يظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى حائطا مشتركا بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأى تعويض ، كأن يطالبه بالفرق فى القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم . أما الجزء

---

(١) وعلى ذلك يتحمل وحده من نفقات صيانة الجزء المشترك من الحائط المصروفات التى اقتضتها زيادة العبء الناشئ عن التعلية (إسماعيل غانم فقرة ١٤٨ ص ٣٤٢ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٤٥ ص ٣١٦) .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥

المعلى من الحائط الجديد فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، وعليه وحده نفقة صيانته . ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلى ، إلا إذا استعمل حقه فى أن يكون شريكا فيه على الوجه الذى سنبينه فيما يلى ، أوكسب الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولا على مظنة التسامح من جاره[1] .

٦٠٨ – جواز الاشتراك فى الجزء المعلى – نص قانونى : وتنص المادة ٨١٦ مدنى على ما يأتى :

« للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة »[2] .

---

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٠ – ص ٦١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٥ : إنما إذا أراد أحد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر ، إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، أن يكتسب حق الشركة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضا ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .

(وأحكام التقنين السورى تتفق مع أحكام التقنين المصرى)

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ : ... بيد أنه إذا أراد أحد الشركاء فى الشيوع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق لهذا الفريق إذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، أن يكتسب حق الشراكة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط أن يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع أيضا ، إذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وقد قدمنا أن الجزء المعلى ، سواء كانت التعلية دون إعادة بناء الحائط أو بإعادة بنائه ، يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، يقوم هو بنفقات صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون إذنه .

ولكن يجوز للجار ، وهو شريك فى الجزء الأسفل من الحائط كما قدمنا ، أن يطلب أن يكون شريكا أيضاً فى الجزء المعلى ، فيصبح الحائط مشتركا فى جميع أجزائه . وهذا الحق فى الاشتراك فى الحائط مقصور ، فى القانون المصرى ، على الجار الذى يكون شريكا من قبل فى الجزء الأسفل ويريد الآن الاشتراك فى الجزء المعلى . أما إذا كان الحائط كله ملكا خالصا لأحد الجارين ، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه ، كما يجوز ذلك فى القانون الفرنسى[1] .

وعلى الجار الذى يريد أن يكون شريكا فى الجزء المعلى أن يعلن رغبته فى ذلك ، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بإنذار على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء إثبات ذلك . ويجب على هذا الجار ، حتى يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، أن يدفع لجاره نصف ما أنفقه فى التعلية ، سواء المصروفات التى أنفقها فى تعلية الحائط دون إعادة بنائه ، أو المصروفات التى أنفقها فى إعادة بناء الحائط . ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة سمك الحائط ، إن كانت هناك زيادة . فإذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف الذكر ، وإلا لجأ إلى القضاء .

وسواء سلم الجار أو حكم القضاء بالاشتراك فى الجزء المعلى ، يجب على من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو الحكم الصادر لصالحه تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى . ويبقى حق الاشتراك قائما ماقام سببه ، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية .

ومتى أصبح الجزء المعلى مشتركا ، فإن الحائط كله يصبح مشتركا بين

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٦١١ .

الجارين ، فيتحملان معاً نفقات صيانته وإصلاحه وتجديده على الوجه الذى سبق أن بيناه(١) .

المبحث الثانى

أحكام الحائط الفاصل غير المشترك

٦٠٩ — نص قانونى : تنص المادة ٨١٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ » .

« ٢ — ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط »(٢) .

ويقابل النص المادة ٣٨/٥٩—٦٠ من التقنين المدنى السابق(٣) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٧ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٤) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٠٤ — وانظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٧ ، مجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣ — ص ٦٦) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٣٨/٥٩ — ٦٠ : ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه بمجرد إرادته ، إذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى .

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

وننتقل هنا إلى الحائط الفاصل غير المشترك . وقد قرر القانون فى شأنه أموراً ثلاثة : (١) ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه . (٢) وليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذى يكون ملكا خالصا لهذا الجار . (٣) ولكن لا يجوز للجار ، دون عذر قوى ، أن يهدم الحائط الفاصل الذى يكون ملكا خالصا له إذا كان جاره مستترا به .

٦١٠ – ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه : وهذا ما نصت عليه العبارة الأولى من المادة ١/٨١٨ مدنى فيما رأينا . وقد جاء هذا النص على خلاف ما يقضى به التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى المادة ٦٦٣ من هذا التقنين بأنه يجوز للجيران . فى المدن وضواحيها ، أن يجبروا جيرانهم على إقامة ما يحوطون به مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم الموجودة فى هذه المدن والضواحى . وقد رأى المشرع الفرنسى أن السكان فى المدن وضواحيها فى حاجة إلى تحويط مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص . فأجاز للجار إجبار جاره على المساهمة فى ذلك . وهذا ما يسمى بالتحويط الجبرى (clôture forcée) . على أن هذه القاعدة فى القانون الفرنسى ليست من النظام العام ، فيجوز للجار أن ينزل عن حقه فى إلزام جاره بذلك ، بشرط أن يكون هذا النزول صريحا[1] . وإذا أقام أحد الملاك على نفقته حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، لم يجز له أن يطلب من الجار أن يساهم فى هذه النفقات ، وإنما يجوز لهذا الأخير ، كما سنرى ، أن يطلب الاشتراك فى هذا الحائط فيكون حائطا مشتركا بينهما . كما يجوز للجار ، قبل أن يقيم الحائط الفاصل ، أن يجبر جاره على المساهمة معه فى إقامته كما سبق القول .

ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى ، لا السابق ولا الجديد ، نص يلزم

– التقنين المدنى الليبى م ٨٢٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ – ١ – ٢٩ – پلانيول وريپير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٤ .

الجار بتحويط ملكه . بل ورد على العكس من ذلك ، فى كل من التقنينين كما رأينا ، نص صريح يقضى بأنه « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه » . ولمن يريد تحويط ملكه أن يفعل ، دون أن يجبر جاره على المساهمة معه فى ذلك . فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، بناه على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه فى هذه النفقات . وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك .

٦١١ — ليس للجار أن يطلب الاشتراك فى حائط جاره : وكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة فى الحائط الفاصل الذى أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذى أقام الحائط على الاشتراك معه فى هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أوكلها[1] . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨١٨ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا المعنى إنه ليس للجار « أن يجبر جاره على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط ، إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ » . والحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ مدنى هى ، كما رأينا ، حالة ما إذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته ، فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ويصبح الحائط كله مشتركا . ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا ، وعلاه أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعلية ، أجاز المشرع المصرى للجار الذى لم يقم بالتعلية أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى على التفصيل الذى سبق بيانه[2] .

أما المشرع الفرنسى فقد أجاز ما أجازه المشرع المصرى ، وذلك فى المادة ٦٦٠ مدنى فرنسى . وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه المشروع المصرى ، فقضى فى المادة ٦٦١ مدنى فرنسى بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك فى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ – يضاف إلى هذه الحالة حالة ما إذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك ، واضطر أن يزيد فى سمك الحائط وأن يأخذ جزءا من هذا السمك من أرض جاره ، حيث يجب أن يدفع للجار ثمن ما أخذه من أرضه (انظر آنفا فقرة ٦٠٧) – وانظر **Fourcade** رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ – **Poder** رسالة من رن سنة ١٩٤٠ – **Renschel** رسالة من ليون سنة ١٩٤١ – **Cazin** رسالة من كان سنة ١٩٤٨ .

حائطه الفاصل ، كله أو بعضه ، بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذى يريد جعله مشتركا ، مع نصف قيمة الأرض التى أقيم عليها الحائط . فى القانون الفرنسى إذن يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى الذى لم يشترك فى تعليته من الحائط الذى كان مشتركا منذ البداية ، وكذلك الاشتراك فى الحائط الفاصل الذى لم يكن حائطا مشتركا من قبل[١] . أما فى القانون المصرى ، فالأمر الأول ، دون الأمر الثانى ، هو الجائز[٢] .

٦١٢ — ليس لمالك الحائط الذى يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوى :

ولما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقا فى أن يطلب الاشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا ، فإنه عوض على الجار عن ذلك الحق بحق آخر . فإذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خالصا ، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذى يستتر به إذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الصدد ، كما رأينا[٣] ، على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وفى هذا تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ورد فى التقنين الحالى (السابق) ، واحتفظ به المشروع[٤] » .

ويجب ، حتى تتقيد سلطة المالك فى هدم حائطه ، أن يكون جاره مستترا بهذا الحائط ، فيكون ملك هذا الجار مسورا من جهات ثلاث ، والجهة الرابعة هى التى يستتر فيها بالحائط . أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو من جهة واحدة ، أو كان غير مسور أصلا ، فلا يمكن أن يقال إنه مستتر بالحائط الفاصل .

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بلانيول وريبير وپيكار ٣ فقرة ٣١٢ – فقرة ٣١٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٠٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوى . فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه ، كأن كان يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضى إعادة البناء هدم الحائط . فمن حقه أن يهدمه حتى ولو كان جاره يستتر به ، لأن له مصلحة ظاهرة فى الهدم ، ولا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إنه متعسف فى استعمال حقه فى هدم الحائط .

ويجب أخيراً أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذى يستتر به . فإذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره فى الجهة الرابعة ، فهدم الجار لحائطه لا يعود فى هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الأرض الفضاء .

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه ، إذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر . ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما قدمناه ، إذ يكون صاحب الحائط قد رمى من هدمه إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها (م ٥ فقرة ب ملغى) .

وكل ما للجار من حق هو عدم هدم الحائط الذى يستتر به ، فلا يكون له أى حق فى الحائط غير هذا القيد السلبى[1] ، ولذلك عد هذا الحكم ضمن القيود التى ترد على حق الملكية . ومن ثم لا يكون للجار حق ملكية مشتركة فى الحائط الذى يستتر به ، إذ يبقى الحائط مملوكا ملكا خالصا لصاحبه . ولا يجوز للجار استعماله فى غير الاستتار به إلا بإذن المالك[2] . ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط ، وليس التزام صاحب الحائط بعدم هدمه إلا قيداً وارداً على حقه فى استعمال ملكه كما سبق القول . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب

---

(١) وإذا هدم المالك حائطه بناء على باعث قوى ، فليس لجاره أن يلزمه بإعادة بناء الحائط ليستتر به ، وكذلك لا يجبر الجار على الاشتراك فى مصروفات الحائط إذا أعاد المالك بناءه (محكمة الزقازيق استئنافى ٩ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٠ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضى بأنه يؤخذ من نص المادة ٣٨ مدنى (قديم) المأخوذة من الشريعة الغراء (م ٦٩ مرشد الحيران) أنه يجوز للجار أن يستتر بحائط جاره . بدون أن يدخل فيه أبنية أو خاشيب أو غير ذلك مما يضر به (دسوق ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ١٩٤) .

الجار الاشتراك فى الحائط أو حق ارتفاق عليه بسبب قانونى ، كأن يشترى هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم (١) .

الفرع الثانى
ملكية الطبقات (*)

٦١٣ — السفل والعلو فى التقنين المدنى السابق : كان التقنين المدنى السابق يعرف ملكية الطبقات فى صورة السفل والعلو ، وهى الصورة التى نقلها عن الفقه الإسلامى . وتتلخص فى أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة . حوائط وأرضية وسقفا ونوافذ وأبوابا ويملك صاحب السفل الأرض التى يقام عليها البناء كله . أما صاحب العلو فله حق القرار على السفل . وتبعا لهذا التصوير كانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكا له . وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » .

وقد استبقى التقنين المدنى الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت فى التقنين المدنى السابق ، ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع ، وكذلك نقل عن القضاء المصرى ما أقره من المبادئ فى هذا الشأن (٢) .

٦١٤ — الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى : ونقل التقنين المدنى

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٥ ص ١٢٣ — إسماعيل غانم فقرة ٤٨ .

(*) مراجع : Jalliot فى بيع وتقسيم المنازل إلى طبقات وشقق الطبعة الثانية سنة ١٩٢٧ — Fourcade رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — Poder رسالة من رن سنة ١٩٤٠ — Renschel رسالة من ليون سنة ١٩٤١ — Cazin فى الملكية المختلطة فى العقارات المقسمة إلى شقق كان سنة ١٩٤٨ — السيد على المغازى فى ملكية طبقات المنازل فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى (المدنى والجديد) سنة ١٩٤٩ .

(٢) انظر المواد ٨٥٩ — ٨٦١ مدنى .

الجديد أيضا عن القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ تصويراً آخر لملكية الطبقات أكثر حداثة وجدة ، ويتمشى مع حالة العمارات التي تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق . وفي هذا التصوير تتكون العمارة من أجزاء مفرزة هي الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها . ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا وهي تشتمل على هيكل العمارة بأجمعه من أرض وحوائط رئيسية وأساسات ومداخل وأفنية وأسطح وسلالم ومصاعد ودهاليز ، وبالجملة كل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . فملكية الطبقات في هذا التصوير الجديد تتكون من طبقات مفرزة وشيوع إجباري .

وقد أراد المشرع ، من وضع التصوير الجديد من الطبقات المفرزة والشيوع الإجباري إلى جانب الوضع القديم من سفل وعلو . أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقعا لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي حين تقول : « وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، وقصد من نقله إلى تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلا كاملا ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره في الشيوع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل . فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه ، كان في هذا طريق لحسم المنازعات التي تنشأ من هذه الملكية ، وسبب لتيسيرها وانتشارها »[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ – وانظر حكما لمحكمة الاستئناف المختلطة يبرز الفرق بين ملكية العلو والسفل وملكية الطبقات : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٨٦ . وانظر في الفقه المصري إلى التمييز بين ملكية العلو والسفل وبين ملكية الطبقات : إسماعيل غانم فقرة ١٤٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٠ ص ٢٤٩ – ص ٢٥٠ – السيد على المغازى في ملكية طبقات المنازل سنة ١٩٤٩ فقرة ٤٨ ص ٩١ – ص ٩٤ – وانظر في عدم التمييز ما بين النوعين مع أنهما من مصدرين مختلفين : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٦٥ – محمد على عرفة فقرة ٣٥٩ وما بعدها – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٦ ص ٢١٢ وفقرة ١٨٤ – حسن كيرة فقرة ١٨٤ وما بعدها – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٤ – فقرة ١٨٦ .

فنبحث فى ملكية الطبقات : (أولا) نظام السفل والعلو ، كما نقله التقنين المدنى الجديد عن التقنين المدنى السابق والقضاء المصرى والشريعة الإسلامية . (ثانيا) نظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى ، كما نقله التقنين المدنى الجديد عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ .

المبحث الأول

السفل والعلو

٦١٥ – **تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات** : كان نظام السفل والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدنى السابق . وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى . على أن نظام السفل والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم ، وقد نظمه التقنين المدنى السابق كما قدمنا ، وعن هذا التقنين استمد التقنين المدنى الجديد النصوص الواردة فى هذا الشأن[1] .

فإذا اقتصرنا هنا على هذا النظام ، دون خلط بينه وبين نظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه فيما يلى ، لزم أن نبين التزامات صاحب السفل ، ثم التزامات صاحب العلو . وتتفرع كل هذه الالتزامات من حق القرار الثابت للعلو على السفل .

§ ١ – التزامات صاحب السفل

٦١٦ – **التزاماته** : يلتزم صاحب السفل بما يأتى : (أولا) أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . (ثانيا) أن يعيد بناء السفل إذا انهدم .

---

(١) وقد اشتملت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على خلط واضح بين نظام السفل والعلو ونظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩ – ص ١٠ وص ١٦٧ – وانظر فى انتقاد ذلك إسماعيل غانم فقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ هامش ١) .

٦١٧ – الالتزام الأول – القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو – نص قانوني : تنص المادة ٨٥٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » .

« ٢ – فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل . ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٩ مكررة من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٣ – ص ١٦٤) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٣٤/٥٥ : يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماكن إجراء الأشغال والعمارات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره . فإذا امتنع من إجراء العمارات المقتضية لحفظ العلو المذكور ، جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه فى المكان . وعلى كل حال فللقاضى المعين للمواد الجزئية أن يأمر بإجراء العمارات الضرورية (وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٢ : إذا كان لأحد علو ولآخر سفل ، فلصاحب العلو حق القرار فى السفل ، والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعا معتادا ، ولصاحب السفل حق فى العلو بستره من الشمس ويقيه من المطر .

م ١٠٨٣ : إذا كان باب السفل والعلو واحدا ، فلكل من صاحبيهما استعماله استعمالا مشتركا ، فلا يسوغ لأحدهما أن يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وخروجا .

م ١٠٨٥ : ١ – إذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه ، فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتى البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ – ولصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته .

(وفى التقنين العراقى أحكام تفصيلية فى السفل والعلو مستمدة من أحكام الفقه الإسلامى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

وقد قدمنا أن فى نظام السفل والعلو ، يملك السفل صاحبه مفرزا ويدخل فى ذلك الأرض المقام عليها البناء كله ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك . ويدخل فى ذلك أيضاً الأساسات والجدران الرئيسية والسقف ، فلا شيء من ذلك يعتبر شائعا شيوعا إجباريا بينه وبين صاحب العلو كما يكون الأمر فى نظام الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى الذى سيأتى بيانه . ويملك العلو صاحبه مفرزاً أيضاً على النحو الذى يملك به السفل صاحبه فيما قدمناه ، فيدخل فى ذلك الجدران الرئيسية والسقف والأرضية . وكل ما يصل العلو بالسفل هو أن للعلو حق القرار على السفل . وحق القرار هذا هو الذى تستمد منه التزامات صاحب السفل نحو صاحب العلو .

وأول التزام يستمد من حق القرار هذا هو أن يقوم صاحب السفل « بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » (م ٨٥٩ / ١ مدنى) . وترتيبا على ذلك يكون على مالك السفل « إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، إذ أنها تعتبر ملكا له » (م ٥٧/٣٦ مدنى سابق) ، وذلك منعا لسقوط السقف فيسقط معه العلو . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه ، بل يجب على صاحب السفل أيضاً صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء . وبالجملة صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظا له بحق القرار على السفل[١] . ولكنه لا يلتزم إلا بترميم سفله ، فلا يلتزم بإجراء ترميمات فى العلو نفسه لمنع سقوطه[٢] .

فإذا قصر صاحب السفل فى القيام التزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو ، جاز لصاحب العلو أن يلجأ إلى القضاء ليلزم صاحب السفل أن يقوم بالأعمال الضرورية فى سفله لمنع العلو من السقوط . ويجوز الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة فى ذلك ، إذا كان إجراء الترميمات أمراً عاجلا . ويجوز فى جميع الأحوال أن يستأذن صاحب العلو القضاء فى أن يقوم هو بالترميمات الضرورية فى السفل ، على أن يرجع بما أنفقه فى ذلك

---

(١) وإذا تعدد ملاك السفل ، كانوا مسئولين بالتضامن عن هذا الالتزام (استئناف مختلط ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٤ . وتتكلم المحكمة عن التضامن لا التضام) .

(٢) مصر الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥ .

على صاحب السفل[1] . ويجوز لصاحب العلو ، لاسترداد ما أنفقه من مصروفات وقياسا على ما سيجىء فى المادة ٢/٨٦٠ مدنى ، أن يحبس السفل فى يده إذا كان قد تسلمه لترميمه ، وأن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته . ويجوز لصاحب العلو أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه . وليس فى هذا كله إلا تطبيق للقواعد العامة .

ويجوز لصاحب العلو ، بدلا مما تقدم ، أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه ، فيمنع بذلك سقوط العلو . والقاضى يجيب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك ، إذا وجد مبرراً لإجابة الطلب . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدنى فى صدرها صراحة على ذلك ، إذ تقول : « فإذا امتنع (صاحب السفل) عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل » .

ويلاحظ أن التزام صاحب السفل بترميم سفله منعا لسقوط العلو التزام عينى ، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن ملكية السفل[2] .

٦١٨ — الالتزام الثانى — إعادة بناء السفل إذا انهدم — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا انهدم البناء ، وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » .

« ٢ — وفى الحالة الأخيرة ، يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته . ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه »[3] .

---

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥ – محمد على عرفة فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٢ – ص ٤٨٤ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما صاحب السفل فعليه أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، وهذا التزام إيجابى يستطيع التخلص منه بالتخلى عن ملكية السفل كما هى القاعدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٩ مكررة ثانياً من المشروع التمهيدى —

ويجب التميز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأه فإن كان بخطأه . رجع صاحب السفل عليه بالتعويض الواجب ، ولم يكن ملزما بإعادة بناء السفل . ولكنه إذا أعاد بناءه فعلا ، رجع لصاحب العلو حقه في القرار على السفل بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل ، ومن ثم يجوز له أن يبني علوه من جديد مستقراً على السفل .

وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو . سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأه ، فإن على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه . فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقراً على السفل ، بعد أن اعاد صاحبه بناءه على ماقدمنا . ثم إذا كان هدم البناء بخطأ

= على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٩ ، وذلك بعد أن استبدلت لجنة الشؤون التشريعية عبارة « أو سكناه استيفاء لحقه » بعبارة « وفي استيفاء حقه من الأجرة » . ووافق على النص معدلا على هذا النحو مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٥ – ص ١٦٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٨/٣٧ : وكانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا سقط البناء ، يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والإجاز بيع ملكه بالمحكمة » . (والنص في مجموعه يتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨١٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٨٤ : إذا هدم صاحب السفل سفله تعدياً يجب عليه تجديد بنائه ، ويجبر على ذلك .

م ١٠٨٥ : ١ – إذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فإن امتنع ، وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن المحكمة ، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف . وإن عمره بلا إذن ، فليس له الرجوع إلا بالأقل من قيمتي البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ – ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن المحكمة ويستخلص حقه من أجرته . (والتقنين العراقي يردد أحكام الفقه الإسلامي ، ونصوصه في مجموعها تتفق مع نصوص التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

صاحب السفل ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه .

والمفروض طبعا أن البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله ، بأن يكون السفل قد انهدم فترتب على انهدامه انهدام العلو . أما إذا انهدم العلو وحده ، فلا شأن لصاحب السفل فى انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام .

وإذا كان السفل آيلا للسقوط دون أن ينهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر من السلطة الإدارية المختصة أمراً بهدم السفل ، ثم يطالب بإعادة بنائه على الوجه الذى قدمناه[1] .

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه فى الأحوال التى يجب عليه فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو إجباره على إعادة البناء ، ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلو أحد أمرين . فإما أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل ، وعلى المشترى أن يعيد هو بناء السفل فإنه لم يشتره وهو منهدم إلا على هذا الشرط[2]. أو أن يطلب صاحب العلو من القاضى أن يأذن له فى أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . فإذا أعاد بناءه ، رجع بما أنفقه على صاحب السفل . ويكون له ضمانا لاستيفاء حقه أن يحبس السفل فى يده ، بل يجوز له أيضاً أن يحصل على إذن القاضى فى إيجار السفل أو سكناه بأجر المثل استيفاء لحقه[3] .

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٦١ ص ٤٨٤ – إسماعيل غانم فقرة ١٦٣ ص ٣٧١ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشترى هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى السفل والعلو ويكون مالكا لهما معاً . ولكنه فى هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبنى السفل دون العلو ، وله ألا يبنى أيا منهما ، فهذا حقه .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن المشروع سار شوطا أبعد فى الأخذ بالشريعة الإسلامية فى هذه المسألة الهامة ، فألزم صاحب السفل ، إذا انهدم سفله ، أن يعيد بناءه ، وإلا بيع السفل . ويجوز لصاحب العلو أن يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه ، وله أن يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره بإذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته . . . م ٦٧ مرشد الحيران » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٨) .

وقد قضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأنه إذا امتنع مالك السفل الذى تهدم أن يعيد بناءه ، جاز للمحكمة بحسب الظروف إما أن تحكم ببيع ملكه (م ٣٧ مدنى قديم) ، أو أن تأذن لمالك العلو ببناء السفل على نفقة مالك السفل (م ١١٧ مدنى قديم) . وعلى أى حال لا يجوز الحكم على مالك السفل بدفع تعويض (استئناف وطنى ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ –

§ ٢ – التزامات صاحب العلو

٦١٩ – نص قانوني : تنص المادة ٨٦١ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل »[1].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٥/٥٦[2] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨١٦ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٦ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[3] .

= ص١٥) . وقضى أيضاً بأن مالك العلو له الحق، فى حالة سقوط بناء السفل وتجديده ، أن يطلب إبقاء ارتفاع البناء الجديد كما كان قبل السقوط إذا كانت له مصلحة فى ذلك (استئناف وطنى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٨ ص١٦٠) . وقضى أيضاً بأنه إذا سقط العلو ، وكانت حوائط السفل بحالة يمكن معها تحمل إعادة بناء العلو ، إلا أن مصلحة التنظيم منعت صاحب العلو من إقامة علوه مراعاة لخط التنظيم ، ورفعت دعوى على صاحب السفل تطالبه بإزالة السفل ، ولكن المحكمة قضت لمصلحة صاحب السفل لأن سفله كان بحالة جيدة ، فليس لصاحب العلو أن يلزم صاحب السفل بهدم سفله وإعادة بنائه على خط التنظيم ليتمكن هو من إعادة بناء علوه (استئناف وطنى ٢٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٤ ص ٩١) . وقضى بأن قصد الشارع من تكليف صاحب السفل بتجديد بنائه هو جعل ذلك البناء صالحا لحمل العلو بالحالة التى كان عليها قبل السقوط ، دون تغيير أو زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور أن يطلب من صاحب السفل أن يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث أو أربع طبقات (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٥ ص ٣١٢) . وقضت محكمة مصر مع ذلك بأنه لا يلزم صاحب السفل بإصلاح سفله ليتمكن صاحب العلو من البناء عليه أو ترميم مبانيه ، وإنما يجوز بيع السفل جبراً على صاحبه (مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

[1] تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧ – ص ١٦٨) .

[2] التقنين المدنى السابق : ٣٥ / ٥٦ : لا يجوز لصاحب العلو من الأماكن أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل . (والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد) .

[3] التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٥ (مطابق) .

٦٢٠ — عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل : والالتزام الأساسى الذى يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه . لما كان له حق القرار على السفل ، لا يجوز أن يزيد فى عبء هذا الحق .

ويترتب على ذلك ، أولا ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقا فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل . ولما كان العلو مملوكا ملكية مفرزة لصاحبه كما قدمنا ، فيملك هذا الحيطان الرئيسية والسقف والسطح وغير ذلك من أجزاء العلو ، فإنه يحق له أن يبنى فوق سطحه طابقا جديداً بالعلو الذى يختاره مع مراعاة أمرين : (١) أن يكون العبء من بناء الطابق الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمله أساسات البناء كما سبق القول : (٢) ألا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .

ويترتب على ذلك ، ثانياً ، أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع علوه — دون أن يبنى طابقا جديداً — إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر بالسفل . فإن لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح البناء ونظمه ، جاز له ذلك .

وليس له بوجه عام أن يأتى بأى عمل يكون من شأنه أن يزيد فى عبء العلو (م ٦٨ من مرشد الحيران) .

ويجب ، فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة أرضية علوه من بلاط وألواح ، حتى لا يتأثر سقف السفل من الإهمال فى هذه الصيانة . وكانت المادة ٥٧/٣٦ من التقنين المدنى السابق ، كما رأينا[1] ، تنص صراحة على ذلك إذ تقول : « ... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضاً إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به

= التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٦ : ١ — لا يجوز لذى العلو أن يبنى بناء جديداً ، ولا أن يزيد فى ارتفاعه ، بغير إذن صاحب السفل ، إلا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله أن يقوم به بغير إذن . ٢ — ولا يجوز لذى السفل أن يحدث فيه ما يضر بالعلو ، وإذا انهدم السفل وأعاده صاحبه ، جاز له أن يزيد فى ارتفاعه بما لا يضر صاحب العلو ، مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء . (وهذه الأحكام تتفق فى ـ عها مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) انظر آنفا فقرة ٦١٣ .

صاحب الطبقة السفلى » . أما صيانة قاعدة أرضية العلو : وهى سقف السفل : فعلى صاحب السفل . وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٥٧/٣٦ ، كما رأينا[١] . إذ تقول : « على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له . إذ أنها تعتبر ملكا له »[٢] .

المبحث الثانى

الطبقات المفرزة والشيوع الإجبارى

٦٢١ — مسألتان : فى التصوير الجديد لملكية الطبقات : وهو التصوير الذى نقله التقنين المدنى عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، قدمنا[٣] أن البناء يتكون من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها . ومن أجزاء شائعة شيوعا إجباريا وهى كل أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع .

فنبحث : (أولا) الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة . (ثانيا) إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق اتحاد ملاك الطبقات .

المطلب الأول

الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة

٦٢٢ — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة . فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع . وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦١٣

(٢) انظر آنفا فقرة ٦١٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦١٤ .

الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة . كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه » .

« ٢ – وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار . وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه » .

« ٣ – والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين »[١] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان هذا التقنين لا يعرف إلا نظام السفل والعلو .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨١١ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ – وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[٢] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه أحد هؤلاء الملاك مستقلا ، وأجزاء شائعة شيوعا دائما بين هؤلاء الملاك جميعا .

٦٢٣ – الأجزاء المفرزة : والأجزاء المفرزة فى البناء متعدد الطبقات هى عادة الطبقات والشقق التى ينقسم إليها البناء ، فكل طبقة أو شقة فى البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص . وتشمل الطبقة أو الشقة كل

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع ورود لفظ « السلم » ضمن الأجزاء المشتركة فى المشروع التمهيدى . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٧ فى المشروع النهائى ، وحذف لفظ « السلم » دون سبب ظاهر لحذفه . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٥ فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٥ – ص ١٥٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات . وما يوجد فيها من أنابيب الماء والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجى والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات . أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف . فهذه كلها من الأجزاء الشائعة كما سنرى ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص لمالك الطبقة أو الشقة .

ولمالك الطبقة أو الشقة ما للملاك من حقوق . فله أن يستعمل طبقته أو شقته ، فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه . وله أن يستغلها ، فيؤجرها لغيره . وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من أنواع التصرفات . وله أن يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك مالم يتفق الملاك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبقة أو شقة مالك واحد منعا من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك .

ويجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه — وهم هنا من ألصق الجيران إذ هم الساكنون معه فى نفس الدار — ضرراً غير مألوف . وعلى ذلك لا يجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبقة أو الشقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته . وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف وهى ملك شائع من التقصير والإهمال فى الصيانة .

٦٢٤ — **الأجزاء الشائعة :** وتعتبر أجزاء شائعة ، طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى . « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » . فيدخل إذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ، لا على سبيل الحصر ، من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز . وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء إلا ما كان من ذلك داخل الطبقة أو

الشقة كما رأينا[1] . وقد أغفل نص المادة ١/٨٥٦ مدنى ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان واردا فى المشروع التمهيدى للنص[2] . والظاهر أن هذا الإغفال جاء سهواً لا قصدا ، فيدخل السلم أيضاً بين الأجزاء الشائعة إذ هو من أهم هذه الأجزاء . وقد قدمنا أن تعداد النص الأجزاء الشائعة لم يجئ على سبيل الحصر[3]. ويدخل أيضا ضمن الأجزاء الشائعة ، غير السلم مما هو ليس مذكوراً فى النص ، غرفة البواب ومحل سكنه . والحديقة أو الحدائق المشتركة ، وأعالى المداخن . وبالجملة كل ما كان معداً للاستعمال المشترك بين الجميع .

على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفرزة فى البناء ، وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفرزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعددين . وعند تحديد حصة كل مالك فى الأجزاء الشائعة . فيجوز أن يذكر الملاك فى سندات الملك أجزاء أخرى غير التى ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة . كما يجوز أن يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون أنه شائع . فالعبرة أولا بسندات الملك ، ويجىء بعد ذلك ما نص عليه القانون .

وقد أضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدنى ، كما رأينا[4] . أن « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » ، فهى إذن لا تكون شائعة بين الجميع . ويقاس على ذلك ما كان خاصا ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرهما من الشقق .

٦٢٥ — حقوق الملاك فى الأجزاء الشائعة — نص قانونى :

والأجزاء المشتركة التى تقدم بيانها تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق . والشيوع هنا إجبارى دائم لا يقبل القسمة ، وحصة كل مالك فى هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذى له فى الدار . وليس له أن يتصرف فى هذه

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ ص ١٠١٨ هامش ١ .

(٣) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٥٥ ص ٤٢٥ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

الحصة تصرفا مستقلا عن التصرف فى الجزء المفرز الذى يملكه . إذ أن الحصة فى الأجزاء الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفرز الذى يملكه المالك . وقد أعدت إعدادا كاملا لخدمة هذا الجزء . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدنى ، كما رأينا[1] . « وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار . وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه » .

والعبرة فى تقدير قيمة الجزء المفرز الذى يملكه المالك – وهذه القيمة تحدد حصته فى الأجزاء الشائعة كما رأينا وكذلك نصيبه فى التكاليف المشتركة كما سنرى [2] – بوقت إنشاء الدار . وتذكر عادة هذه القيمة فى سند التمليك ومن ثم لا تتغير القيمة بما يمضى من الزمن من وقت إنشاء الدار . وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء . ولا تتغير بالتغييرات الخارجية كإنشاء شارع أمام جانب من جوانب الدار أو إلغاء حديقة كانت أمام جانب آخر ، أو بالتغيرات الداخلية كتحسين المالك لشقته أو لطبقة من الداخل . بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت إنشاء الدار كما قدمنا[3] .

أما فيما يتعلق باستعمال كل مالك للأجزاء الشائعة فى سبيل الانتفاع بالجزء المفرز الذى يملكه ، فتنص المادة ٨٥٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » .

« ٢ – ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٦٢٦ .

(٣) انظر فى الخلاف فى هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٥٣ – وانظر فى الاعتداد بالتغيرات الخارجية دون الداخلية السيد على المغازى فقرة ١٨ ص ٣٤ وفقرة ٣٢ ص ٦٤ – ص ٦٥ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٧ ص ٢١٤ وفقرة ١٨١ ص ٢١٧ – وانظر فى الاعتداد بالتغيرات الخارجية والداخلية معاً محمد على عرفة فقرة ٣٥٧ ص ٤٧٩ – ص ٤٨٠ – وانظر فى عدم الاعتداد بأية تغييرات خارجية كانت أو داخلية إسماعيل غانم فقرة ١٥٣ ص ٣٥٦ – ص ٣٥٧ .

لملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين[١] .

ويتبين من هذا النص أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له أن يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له ، وعلى الوجه الذى لا يضر بالدار ، ولا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها . فله أن يدخل من الباب العام للبناء فى أى وقت ، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول إلى طبقته أو شقته ، وأن يوصل أنابيبه ومواسيره الداخلية بالأنابيب والمواسير المشتركة للدار فى الماء والغاز والكهرباء ، وأن يحفر داخل الجدار الرئيسية دواليب ومداخن لاستعماله الخاص ، وأن يضع فى هذه الجدران أنابيبه ومواسيره الخاصة . ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار أن يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو أن يحول نافذة إلى باب ، على شرط ألا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى[٢] . ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى أن يحفر سراديب تحت الأرض أو آبارا ، ولا يجوز لمالك الطابق الأعلى أن يبنى طابقا جديداً فوق طابقه فإن جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبرة ضمن الأجزاء الشائعة كما قدمنا ، وهذا بخلاف صاحب العلو فقد رأيناه يستطيع أن يبنى فوق علوه بناء جديدا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل[٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٨ – ص ١٦٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ – ١ – ٦٠١ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٢٠ .

ولا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة للدار بغير موافقة سائر الملاك[1] . وإنما يجوز له ، بغير موافقة الملاك ، إدخال تعديلات يكون من شأنها تيسير استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون إلحاق ضرر بالملاك الآخرين ، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد إلى مكان أليق ، بشرط أن يكون ذلك على نفقته الخاصة[2] .

٦٢٦ — تكاليف الأجزاء الشائعة — نص قانونى : تنص المادة ٨٥٨ على ما يأتى :

« ١ — على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة

---

(١) ولكن إذا تكون اتحاد ملاك الطبقات والشقق — كما سيجىء — فإنه يجوز لهذا الاتحاد ، بالأغلبية العادية ، أن يقرر إدخال أى تعديل فى الأجزاء الشائعة . وكذلك يجوز ، دون تكوين اتحاد الملاك ، وطبقاً للقواعد المقررة فى إدارة الشيوع العادى ، للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع الأجزاء الشائعة أن يقرروا إدخال تعديلات تخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، وللأقلية حق التظلم أمام المحكمة (م ٨٢٩ مدنى) — انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٩ هامش ١ — وقارن السيد على المغازى فقرة ٧١ ص ١٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٩ — ص ١٦٠ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تصوير ملكية الطبقات على أنها ملكية أجزاء مفرزة تتبعها ملكية أجزاء شائعة تصوير ناقص ، إذ أن هذا من شأنه أن يعدم اتصال أجزاء البناء المفرزة بعضها ببعض كلكل لا يتجزأ فى بناء واحد . والأولى أن يقال إن ملاك الطبقات يملكون البناء كله شائعاً ، على أن يكون لكل منهم منفرداً حق استعمال الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ثم يستعمل مع غيره من الملاك سائر الأجزاء الشائعة (Hébraud ص ٢٥ وما بعدها — Chevallier ص ٧٩ — Azoulay رسالة من باريس سنة ١٩٥٦ — Mazeaud ٢ فقرة ١٣٢٦ ص ١٠٨٣) . وهذا التصوير يؤدى إلى القول بأن الطبقات أو الشقق تكون شائعة بين الملاك ، وإنما تنقسم بينهم قسمة أقرب إلى أن تكون قسمة مهايأة مكانية ، لكل منهم الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ولكن المهايأة المكانية هنا تكون مهايأة دائمة .

على أن هذا التصوير لم يسد فى القضاء الفرنسى ، وتتمسك محكمة النقض الفرنسية بالتصوير المألوف من أن لكل مالك طبقة أو شقة يملكها وحده ملكية مفرزة مستقلة ، ويشارك بعد ذلك بحصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة (نقض فرنسى ٢١ نوفبر سنة ١٩٥٥ جازيت دى باليه ١٩٥٦ — ١ — ٥٢ — وانظر أيضاً كاربونييه ص ٢٠٠ — مارتى ورينو فقرة ٢٤٠ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠) — وانظر فى تطور الفقه الفرنسى فى طبيعة ملكية الطبقات مارتى ورينو فقرة ٢٤٠ .

وانظر فى جواز إجبار المالكين فى الشيوع لبناء على أن يقسموه فيما بينهم طبقات مارتى ورينو فقرة ٢٤١ .

وصيانتها وإدارتها وتجديدها . ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

« ٢ – ولا يجوز لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر »(١) .

ويؤخذ من هذا النص أن تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك ، لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة ، أو هى فى القليل معدة لانتفاعهم بها . ويدخل فى ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت إلى ترميم ، وإصلاح المصعد ، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصروفات صيانة المصعد والسلم ، وأجور

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المشروع التمهيد كانت تجرى كما يأتى : « هذا إذا لم تتعرض سندات الملك لشىء من ذلك ، أو إذا تناقضت هذه السندات بعضها مع البعض الآخر » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٩ فى المشروع النهائى ، بعد استبدال العبارة الآتية « مالم يوجد اتفاق على غير ذلك » بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦١ – ص ١٦٣) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٢ : إذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فإن التصليحات والتجديدات فى البناء تكون خاضعة للأحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة مذكورة فى سندات الملكية : كلفة الجدران الضخمة والسقوف هى على عاتق جميع أصحاب العقار ، كل واحد بنسبة الطابق الذى يملكه . على صاحب كل طابق كلفة أرض الطابق التى يمشى عليها . على صاحب الطابق الأول كلفة الدرج المؤدى إلى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثانى كلفة الدرج الذى يؤدى إليه ابتداء من الطابق الأول وهلم جرا . (والتقنين اللبنانى استقى هذا النص من المادة ٦٦٤ مدنى فرنسى) .

الأشخاص الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، والعوائد التى تجبيها البلدية ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة .

ومساهمة كل مالك فى هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، كما هى مقدرة وقت إنشاء الدار كما سبق القول[١] .

وإذا كان المالك ملزما بالمساهمة فى هذه التكايف التزاما عينيا ، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلى عن ملكية حصته فى الأجزاء الشائعة ، بل هو لا يستطيع التخلص إلا إذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة فى الأجزاء الشائعة . والسبب فى ذلك أنه إذا اقتصر على التخلى عن ملكية الحصة الشائعة ، فإنه فى الغالب من الأحوال سيستمر مستعملا للأجزاء الشائعة كما كان الأمر قبل التخلى ، فهو لابد منتفع بالباب للدخول ، والسلم للصعود ، وبالجدران الرئيسية والأسقف والأرضيات وما إلى ذلك . وحتى لو استطاع أن يمتنع عن الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة كالمصعد والحديقة ، فإنه يصعب عمليا مع ذلك حساب نصيبه ، فينجم عن التخلى منازعات لا تنتهى .

كذلك يستوى فى المساهمة فى هذه التكاليف أن ينتفع المالك فعلا بالأجزاء الشائعة أو لا ينتفع ، فهى معدة لانتفاعه فى جميع الأحوال . ويستوى أن يكون انتفاعه بها بالمقدار الذى يساهم به فى التكاليف ، فصاحب الطبقة العليا إذا كانت قيمتها قليلة ينتفع بالمصعد أو السلم أكثر مما ينتفع به صاحب الطبقة الأدنى ذات القيمة الكبيرة ، ومع ذلك يساهم بنسبة أقل[٢] .

٦٢٧ – إدارة الأجزاء الشائعة : ولما كانت الأجزاء المشتركة شائعة بين جميع ملاك الطبقات والشقق كما قدمنا ، فإن إدارتها تتبع فيها القواعد التى تقدم ذكرها فى إدارة المال الشائع .

فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لإدارتها ، وغالبا يكون الوكيل هو بواب العمارة . وقد يقوم أحد الملاك بالإدارة فعلا ، فتثبت له الوكالة الضمنية إذا سكت بقية الملاك مرتضين إدارته .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٥ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٢ .

وإذا لم يكن هناك وكيل ، فالإدارة العادية تكفى فيها أغلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التى يملكونها . ولهذه الأغلبية أن تعين مديراً ، وأن تضع نظاماً لإدارة الأجزاء الشائعة والانتفاع بها (م ٨٢٨ مدنى) . أما الإدارة غير العادية ، فلا بد فيها من أغلبية خاصة هى أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، وللأقلية أن تتظلم من قرارات هذه الأغلبية إلى القضاء (م ٨٢٩ مدنى) . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى إدارة المال الشائع .

ولكن الشيوع هنا شيوع دائم إجبارى ، ولا يجوز فيه طلب القسمة كما سبق القول ، فى حين أن الشيوع العادى شيوع موقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حدا لمتاعب الإدارة المشتركة . لذلك كفل القانون لملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة ، أن يكونوا اتحاداً منهم لإدارتها ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

المطلب الثانى

إدارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد

٦٢٨ — نص قانونى : تنص المادة ٨٦٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات وشقق ، جاز للملاك أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم » .

« ٢ ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها »[1] .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٣ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية طفيفة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٩ - ص ١٧٠) .

م ٨١٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٦ . وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[1] .

ويتبين من هذا النص أن ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكوّنوا فيما بينهم اتحادا لإدارة الأجزاء الشائعة فى البناء ، وذلك إذا رغبوا فى الانتفاع بما يكون للاتحاد فى إدارة الأجزاء الشائعة من سلطات أوسع وتيسيرات أكثر عما يكون عليه الأمر لو أنهم اقتصروا على تطبيق القواعد التى سبق تقريرها فى إدارة المال الشائع .

ويجب ، لتكوين هذا الاتحاد ، إجماع الملاك على تكوينه[2] ، إذ أن سلطاته اوسع من سلطات المدير العادى للمال الشائع كما سبق القول . ويكون جميع الملاك أعضاء فى الاتحاد ، ماداموا قد أجمعوا على إنشائه .

وليس من الضرورى أن يتكون هذا الاتحاد بعد إنشاء البناء ، بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق ، يبنيه الاتحاد أو يشتريه ، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء . وفى هذا تشجيع كبير على الإكثار من ملكية الطبقات ، أشد ما تكون الحاجة إليها فى وقت اشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وعلى أثر تزايد السكان تزايدا مضطردا سريعا .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) فاتحاد الملاك فى القانون المصرى جوازى لا إجبارى ، بل يجب فى تكوينه إجماع ملاك الطبقات والشقق . أما فى القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، فاجتماع ملاك ملاك الطبقات والشقق فى اتحاد (syndicat) إجبارى ، ويتم بحكم القانون . ذلك أن إدارة المال الشائع فى القانون الفرنسى ، فى الشيوع العادى ، لابد فيه من الإجماع ، وهذا النظام يتعذر تطبيقه فى الأجزاء الشائعة للبناء الواحد . ومن ثم جعل القانون الفرنسى اجتماع الملاك فى اتحاد أمراً إجباريا فى حين أن القانون المصرى قد نظم الشيوع العادى تنظيما يكفل للأغلبية حق الإدارة . فلم تكن هناك ضرورة ملحة – كما وجدت فى القانون الفرنسى – إلى جعل اتحاد الملاك إجباريا (انظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٨ هامش ٣ – وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٦٣ ص ٤١١) .

ونتكلم أولا فى اتحاد الملاك ، ثم فى مأمور اتحاد الملاك .

§ ١ – اتحاد الملاك

٦٢٩ – اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية : الواضح أن اتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق فى البناء الواحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة فى البناء لمصلحة جميع الأعضاء(١) .

ويتمتع اتحاد الملاك بالشخصية المعنوية ، شأنه فى ذلك شأن أية جمعية . يدل على ذلك بوجه خاص أنه يتعامل فى الحياة المدنية باعتباره شخصا ، فكل قرض يمنحه لأحد الملاك الشركاء لتمكينه من القيام بالتزامه يكون مضمونا بحق امتياز لمصلحة الاتحاد (باعتباره شخصا معنويا) على الجزء المفرز الذى يملكه الشريك وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار (م٨٦٩ مدنى) . ويدل على ذلك أيضاً أن الاتحاد يقاضِي ويقاضَى ، ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمته الملاك الشركاء إذا اقتضى الأمر (م ٨٦٦/ ٢ مدنى) .

فالاتحاد الملاك إذن شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات والشقق ، وتبعا لذلك تكون له ذمة مالية مستقلة .

ولكن لاتحاد الملاك تنظيم خاص به يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام ، فلا يشترط أن يكون للاتحاد نظام مكتوب كما يشترط ذلك فى الجمعية ، ولا أن يكون للاتحاد مجلس إدارة ويكفى أن يكون له مأمور كما سنرى ، وتتخذ قرارات الاتحاد بأغلبية الملاك جميعا من حضر ومن لم يحضر وفى الجمعية بأغلبية الأعضاء الحاضرين . وإذا تألف اتحاد لتشييد أو لشراء بناء ذى طبقات وشقق متعددة وتوزيعها على أعضائه ، فإن هذا الاتحاد يتخذ فى أول الأمر صورة الجمعية ، وهو فى الغالب يتخذ صورة الجمعية التعاونية حتى يستفيد من المزايا التى تمنحها الدولة لهذا النوع من الجمعيات(٢) .

---

(١) انظر المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (قانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٥

(٢) إسماعيل غانم فقرة ١٥٥ ص ٣٦٠ هامش ٣ – جابر جاد عبد الرحمن فى اقتصاديات =

وإذا كان لاتحاد الملاك شخصية معنوية وذمة مالية ، فإنه مع ذلك لا يعتبر مالكا للبناء ، بل ملاك البناء بأكمله هم أصحاب الطبقات والشقق ، يملكون بعض البناء مفرزاً وبعضه شائعا على التفصيل الذى قدمناه[1] . والاتحاد له ماله الخاص ، ويتكون فى الغالب من الاشتراكات التى قد يلزم الأعضاء بدفعها ، ومن المال الذى يجمعه من الأعضاء للإنفاق منه على إدارة الأجزاء الشائعة ، ومن القروض التى قد يحصل عليها لإقراض الأعضاء .

٦٣٠ — وضع نظام لإدارة الأجزاء الشائعة — نص قانونى : تنص المادة ٨٦٣ مدنى على ما يأتى :

« للاتحاد أن يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته[2] » .

ويؤخذ من هذا النص أن الاتحاد بالخيار . إما أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها فى تمكين الأعضاء من الانتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفى حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة ، أو ألا يضع لائحة ما ويكتفى باتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة .

= التعاون جزء أول فى البنيان التعاونى سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠ ص ١٣٣ – ص ١٤٣ – حلمى مراد فى التعاون من الناحيتين المذهبية والتشريعية سنة ١٩٦١ فقرة ٥٨ ص ١٠١ – ص ١١٢ .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٣ – فقرة ٦٢٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للنقابة أن تضع لائحة تكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترك وتقرر قواعد لإدارته المشتركة ، بشرط أن يوافق جميع الأعضاء على هذه اللائحة . ٢ – ولا تكون اللائحة ملزمة لخلف خاص لأحد أعضاء النقابة إلا بعد تسجيلها » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٤ فى المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية وإدخال تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى ، فأصبح النص بذلك مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧١ – ص ١٧٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

وهو إذا وضع لائحة ، فإنه يتقيد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها . لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة « بموافقة جميع الأعضاء » ، فلا يجوز تعديلها إذن إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً . وهذا يكفل استقرار العمل فى الاتحاد ، ويجعل سير الإدارة موطدا منتظماً على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع . ولو جعلت الأغلبية تكفى فى هذه اللائحة ، لاختلطت القرارات التنظيمية بالقررات الفردية . ولكفت الأغلبية فى اتخاذ القرارات الفردية وفى تعديل اللائحة نفسها . ولترتب على ذلك أنه يمكن تعديل اللائحة بنفس الأغلبية التى يمكن بها اتخاذ القرارات الفردية . فلا تصبح للائحة قيمة فى استقرار الإدارة . إذ يكفى عند ذلك ، إذا بدا للأغلبية اتخاذ قرار فردى مخالف للائحة التنظيمية ، أن تبدأ هذه الأغلبية بتعديل اللائحة ، ثم تتخذ القرار الفردى الذى تريده بعد هذا التعديل .

وقد يعترض على ذلك بأنه فى إدارة المال الشائع العادى ، تكفى الأغلبية لوضع نظام للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدنى) ، فكيف يطلب الإجماع فى وضع لائحة لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء ذى الطبقات المتعددة[١] ؟ ولكن يلاحظ أن الاقتصار على مجرد الأغلبية فى وضع لائحة لإدارة الشيوع العادى ، إنما روعى فيه أن المقصود بالإدارة هى الإدارة المعتادة دون الإدارة غير المعتادة . أما اللائحة التى توضع لإدارة الأجزاء الشائعة للبناء متعدد الطبقات ، فإنها تتناول الإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة على السواء . ولما كانت القرارات الفردية فى إدارة الأجزاء الشائعة إدارة غير معتادة يكفى فيها مجرد الأغلبية كما سنرى ، فقد وجد المشرع من الأحوط أن يشترط الإجماع فى اللائحة المستقرة الدائمة للإدارة المعتادة والإدارة غير المعتادة ، حتى لا يتيسر تعديل هذه اللائحة فى أى وقت تريده الأغلبية كما سبق القول .

وإذا وضع الاتحاد لائحة تنظيمية لأعماله على الوجه الذى بيناه ، فإن هذه اللائحة تسرى على جميع ملاك الطبقات والشقق وهم أعضاء الاتحاد ، وتسرى بطبيعة الحال على ورثتهم من بعدهم . فإذا مات أحد الملاك ، حلت ورثته

---

(١) انظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ ص ٣٦٢ هامش ٢ .

محله وأصبحوا أعضاء فى الاتحاد مكانه . وسرت عليهم اللائحة التنظيمية التى وافق عليها مورثهم . كذلك تسرى اللائحة التنظيمية على الخلف الخاص للمالك، فإذا باع المالك طبقته أو شقته حل المشترى محله فى عضوية الاتحاد وفى التقيد باللائحة التنظيمية . وقد كان هناك نص صريح فى هذا المعنى فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٦٣ مدنى[١] . ولكن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف . والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة إلى النص ، ففى القانون المصرى تسرى عقود السلف فى حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص (م ١٤٦ مدنى) . على أن هناك نصا صريحا فيما يتعلق باللائحة التى توضع لإدارة الشيوع العادى يمكن أن يقاس عليه هنا ، فقد نصت المادة ٢/٨٢٨ مدنى على أن النظام الذى يوضع « يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا »[٢] .

٦٣١ — الإدارة باتخاذ قرارات فردية ووضع نظام عام للإدارة — نص قانونى : تنص المادة ٨٦٤ مدنى على ما يأتى :

« إذا لم يوجد نظام للإدارة ، أو إذ خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء »[٣] .

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة ص ١٠٢٩ هامش ٢ .

(٢) ولكن يجب على كل حال ، لسريان اللائحة فى حق الخلف الخاص ، أن يكون هذا عالما بها وقت انتقال ملكية الطبقة أو الشقة إليه من سلفه (م ١٤٦ مدنى) .

وانظر إسماعيل غانم فقرة ١٥٦ (ويقول فى خصوص تسجيل اللائحة : « ولا يشترط تسجيل اللائحة إذا كانت قاصرة على مجرد تنظيم الانتفاع والإدارة ، وعلى العكس يكون التسجيل واجبا إذا كانت للائحة تمس نطاق الملكية ذاتها ، بأن حددت الأجزاء المشتركة والأجزاء المفرزة تحديدا يخالف عن التحديد الذى اتبعه المشرع فى المادة ٨٥٦ » : انظر فقرة ١٥٦ ص ٣٦٣) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة =

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يضع الاتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها فى إدارته للأجزاء الشائعة ، أو إذا خلت اللائحة التنظيمية الموضوعة من نص فى المسألة التى يبحث الاتحاد فيها ، فإن سبيل الاتحاد فى القيام بمهمته من الإدارة هو اتخاذ قرارات فردية فى كل مسألة من المسائل التى تعرض له على حدة .

ويستوى فى ذلك أن تكون المسألة متعلقة بالإدارة المعتادة ، أو متعلقة بالإدارة غير المعتادة . ففى الحالتين يتخذ الاتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية ، أى بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . وتكون هذه القرارات الفردية ملزمة لجميع الملاك ، من وافق منهم عليها ومن لم يوافق . وهذه هى المزية الكبرى من قيام الاتحاد ، فهو بأغلبية عادية يستطيع أن يدير الأجزاء الشائعة إدارة معتادة وهو ما تستطيعه أغلبية الملاك فى الشيوع العادى ، بل ويديرها إدارة غير معتادة وهو ما لا تستطيعه أغلبية الملاك فى الشيوع العادى .

ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية أمران : (١) أن يدعى جميع ملاك الطبقات والشقق إلى الاجتماع الذى يعقده الاتحاد ، وذلك عن طريق كتاب موصى عليه يرسل من مأمور الاتحاد عادة أو ممن يقوم مقامه ، فلا يكفى الكتاب العادى ، ومن باب أولى لا تكفى الدعوة الشفوية . (٢) أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) ، من حضر منهم ومن لم يحضر ، ولا تكفى أغلبية الحاضرين[١] .

= تحت رقم ٩٣٥ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٢ – ص ١٧٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وليس من الضرورى أن يكون هناك جدول أعمال للجلسة ، وإذا وجد جدول أعمال فليس من الضرورى التقيد به . ومتى صدر قرار بالأغلبية المطلوبة ، فإنه لا يجوز لأحد الأعضاء أن يطعن فى هذا القرار ، إلا إذا كان القرار قد خرج عن حدود اختصاص الاتحاد ، أو شابه تعسف فى استعمال الحق (إسماعيل غانم فقرة ١٥٧ ص ٣٦٤) .

٦٣٢ – التأمين على البناء وإجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمته –

نص قانونى : تنص المادة ٨٦٥ مدنى على ما يأتى :

« للاتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة ، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم . وله أن يأذن فى إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك ، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء »(١)

وهنا ننتقل إلى مثلين من أعمال الإدارة ، أحدهما من أعمال الإدارة العادية وهو التأمين على البناء ، والآخر من أعمال الإدارة غير العادية وهو إجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمة البناء . والعملان يدخلان فى اختصاص الاتحاد على السواء ، يقرر فى شأنهما ما يراه بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء : العادى من العملين وغير العادى .

فيستطيع الاتحاد أن يقرر تأمين البناء – الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة – من خطر الحريق ومن أى خطر آخر . كذلك يستطيع أن يؤمن من خطر الحوادث التى تنجم عن المصعد ، سواء كان تأمينا من المسئولية أو تأمينا من الأضرار . ويفرض فى سبيل ذلك أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك . والاتحاد يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٦ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٤ – ص ١٧٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

يكون مستفيداً من هذا التأمين بقدر حصته . وهو الذى يستحق مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه .

ويستطيع الاتحاد كذلك أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات فى البناء كله أو بعضه ، فى الطبقات المفرزة أو فى الأجزاء الشائعة مما يترتب عليه زيادة فى قيمة البناء كله أو بعضه . ويقرر ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، كما سبق القول . وإذا كان النص لم يذكر ذلك صراحة ، بل اقتصر على القول بأن الاتحاد يأذن لأحد الأعضاء فى القيام بهذه الأعمال على نفقته ، فإن هذا لا يعنى أن الاتحاد عاجز عن أن يقرر القيام بهذه الأعمال على نفقة جميع الأعضاء ، مادامت أعمالا من شأنها أن تزيد فى قيمة البناء . فيستطيع مثلا أن يقرر بناء طبقة جديدة إذا كانت الطبقات القائمة غير كافية لاستغلال الأرض الواسعة التى أقيم عليها البناء . ويقرر ، فى سبيل بناء طبقة جديدة ، أن يقترض وأن يرهن البناء ضماناً للقرض . وتعتبر الطبقة الجديدة ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات ، يديرها الاتحاد ويستغلها ، ويسدد من غلتها القرض ، ثم يقسم الغلة على الأعضاء كل بنسبة حصته فى الطبقة الجديدة[1]. وله كذلك أن يقرر ، فى مناسبة بناء طبقة جديدة ، أن يقيم مصعداً فى البناء ، على النحو الذى قدمناه فى إنشاء الطبقة الجديدة .

فإذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة للقيام بهذه الأعمال الجديدة التى تترتب عليها زيادة قيمة البناء ، وأراد أحد الملاك أن يقوم بها هو على نفقته ، جاز للاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن لهذا المالك فى القيام بالعمل على نفقته الخاصة ، ويضع الاتحاد لذلك الشروط اللازمة للتثبت من سلامة العمل ومن زيادته فى قيمة البناء . وقد يفرض تعويضات أو التزامات أخرى لمصلحة بقية الملاك فى ذمة المالك الذى ينفرد بالعمل ، إذا كان من شأن هذا العمل مثلا أن يحرمهم

---

(١) وقد يقرر الاتحاد أن يبيع هذه الطبقة الجديدة مفرزة لمالك جديد [illegible] ملاك طبقات البناء . ويصبح عضواً فى الاتحاد . بل قد يقرر الاتحاد منذ البداية أن يعهد إلى شخص أجنبى أو من بين الملاك أنفسهم ببناء الطبقة الجديدة على أن يتملكها هذا الشخص مفرزة ويصبح عضواً فى الاتحاد إن لم يكن عضواً فيه من قبل ، وذلك بشروط يتفق عليها مع الاتحاد وتكون فى مصلحة الملاك جميعا .

بعض الوقت من الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة فى البناء(1)

٦٣٣ — منح قروض للأعضاء — نص قانونى : تنص المادة ٨٦٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء، لتمكينه من القيام بالتزاماته، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار » .

« ٢ — وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده »(2) .

والمفروض هنا أن الاتحاد منح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته . والمفروض كذلك أن هذا القرض قد منحه الاتحاد من ماله الخاص لهذا الشريك . فلا بد إذن من افتراض أن للاتحاد مالا خاصا ، وقد رأينا أنه يجوز أن يكون له هذا المال ، إما من اشتراكات يجمعها من الأعضاء ، أو من صفقة رابحة يحصل عليها فى أثناء قيامه بمهمته ، أو من قروض يعقدها ، أومن كل هذا جميعا أو من غير هذا من السبل .

والاتحاد يقرض العضو بقرار يصدر بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، مادام المال الذى يقرضه للعضو هو ماله الخاص(3) . وأهم

---

(١) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٥٨ ص ٢٦٥ وهامش ٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٠ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٢ — ص١٨٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) قارن إسماعيل غانم فقرة ١٦١ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٤ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣ .

سبب يدفع الاتحاد إلى إقراض العضو هو تمكين هذا العضو من القيام بالتزاماته ، كأن يمكنه من المساهمة بحصته من التكاليف التى يلتزم بها الأعضاء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه فى أعمال يقوم بها الاتحاد وتترتب عليها زيادة قيمة البناء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه فى تكاليف تجديد البناء بعد هلاكه كله أو بعضه .

فى جميع هذه الأحوال يكون الاتحاد قد أقرض العضو مالا لتمكينه من القيام بالتزاماته . وقد أراد القانون تشجيع الاتحاد على إقراض العضو مالا لهذا الغرض حتى يتيسر للعضو القيام بالتزاماته . فكفل للاتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القرض مضمونا بحق امتياز على الطبقة أو الشقة التى يملكها العضو المقترض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصة شائعة للعضو فى الأجزاء المشتركة للبناء . ولما كان حق الامتياز هذا هو حق امتياز خاص على عقار ، فإنه يجب قيده ، وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد .

أما إذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيام بالتزاماته ، فإن القانون لا يجعله مضمونا بحق امتياز . وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا قبل أن يقدم على إقراض العضو مالا لسبب لا يمت إلى قيام العضو بالتزاماته . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « أما إذا أعطى القرض لغرض آخر ، فلا يكون ممتازا »[1] .

وقد استقى المشرع المصرى المادة ٨٦٩ مدنى سالفة الذكر من المادة ١١ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ . ونص المادة ١١ من القانون الفرنسى يقرر لصالح الاتحاد حق امتياز ضد العضو الذى لا يفى بنصيبه فى تكاليف الأجزاء المشتركة . فإذا دفع الاتحاد لحساب أحد الملاك نصيبه فى هذه التكاليف ، فإن حق الاتحاد فى الرجوع على هذا العضو يكون مضمونا بحق امتياز على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته فى الأجزاء المشتركة . ومن ذلك نرى أن نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى أوسع مدى من نص المادة ١١ من القانون الفرنسى[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٤ .

(٢) وعلى ذلك ينتقد بعض الفقهاء فى مصر نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى فيما تضمنته من —

٦٣٤ – **تجديد البناء بعد هلاكه – نص قانوني** : تنص المادة ٨٦٨ مدني على ما يأتي :

« ١ – إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

« ٢ – فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة »[1] .

ويؤخذ من هذا النص أنه في حالة هلاك البناء هلاكا كليا أو جزئيا ، يكون للاتحاد رأى ملزم فيما يتعلق بإعادة بنائه . والبناء يهلك غالبا بسبب الحريق ، وقد يهلك بسبب آخر كغارة جوية أو زلزال أو اختلال في أساسه أو قصفه بالمدافع في أثناء الحرب أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بغير ذلك من الأسباب .

فإذا هلك البناء ، قرر الاتحاد ، بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء أى بالأغلبية العادية ، ما إذا كان يجدد أو لا يجدد ، وذلك ما لم يوجد

= توسع (السيد على المغاز فقرة ٣٤ ص ٦٧ وفقرة ٦٨ ص ١١٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٨٢ – إسماعيل غانم فقرة ١٦١ ص ٣٦٩ هامش ٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٩ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٠– ص ١٨٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السورى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

اتفاق سابق بين الأعضاء على التجديد أو عدم التجديد أو كانت هناك لائحة تنظيمية تقرر ما يتبع فى هذه الحالة .

فإذا قرر الاتحاد عدم التجديد ، أخذ كل مالك حقه فيما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة فى حالة الكوارث العامة ، وانحل الاتحاد تبعاً لذلك إذ لم يعد هناك مسوغ لبقائه .

وإذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، التزم الأعضاء بالتجديد . وقام الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء ، وخصص لذلك ما قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة ، على أن يكمل الأعضاء من أموالهم الخاصة ما عسى أن ينقص ، كل بنسبة حصته . وإذا كانت هناك حقوق مقيدة على بعض الطبقات أو الشقق ، كرهن رسمى أو رهن حيازة أو حق اختصاص أو حق امتياز ، استوفى الدائنون أولا حقوقهم مما آل لأصحاب هذه الطبقات أو الشقق نتيجة لهلاك البناء ، وعلى هؤلاء إكمال نصيبهم فى تكاليف تجديد البناء من أموالهم الخاصة . وإذا عجز أحد الملاك عن دفع نصيبه فى تكاليف تجديد البناء ، لأن ما أصابه من المال الذى تبقى لا يفى بهذا النصيب أو لأنه قد استغرق فى وفاء الديون أو لأى سبب آخر ولم يكن عنده مال خاص لمواجهة التزاماته ، نظر الاتحاد فى الأمر . فمن الجائز أن يقرضه ما يستعين به على الوفاء بالالتزام ويكون للاتحاد حق امتياز يكفل ما أقرضه إياه على النحو الذى قدمناه [1] . ومن الجائز أن يقنعه ببيع حقه فى البناء لشخص آخر من بين الملاك أنفسهم أو من غيرهم ويحل هذا الشخص الآخر محله فى البناء الجديد . فإذا لم يوجد حل لهذا الأمر ، تخلف من عجز عن مواجهة تكاليف تجديد البناء بعد أخذ ما عسى أن يكون قد تبقى له من حق إذا رأى الاتحاد إعفاءه من الالتزام بالمساهمة فى تجديد البناء ، وجدد البناء لحساب من بقى من الملاك دونه [2]

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٣٣

(٢) انظر محمد على عرفة فقرة ٣٦٩ : ويذهب إلى جواز إجبار الشريك المتخلف قضاء على المساهمة فى تجديد البناء أو بيع طبقته عليه ، كما هو الأمر فى شأن صاحب السفل طبقا لما هو مقرر فى المادة ٨٦٠ مدنى .

وانظر فى التعقيب على هذا الرأى إسماعيل غانم فقرة ١٥٩ ص ٣٦٧ .

والبناء المجدد يكون ملكاً لأصحابه على النحو الذى كان عليه البناء القديم ، يملك كل منهم طبقته أو شقته مع حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة . وما لم يتفق الملاك على شىء آخر ، يبقى الاتحاد قائماً لإدارة البناء الجديد ، طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

هذا وقد يحتاج البناء إلى تجديد لا لأنه قد هلك ، بل لأنه قد بلى وأصبح فى حاجة إلى أن يجدد . وفى هذه الحالة يكون قرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الإدارة غير المعتادة ، ويصدر القرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى بسطناه فى حالة هلاك البناء .

§ ٢ – مأمور اتحاد الملاك

٦٣٥ – نصوص قانونية : تنص المادة ٨٦٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ – يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، فإن لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم . وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا ما لم يوجد فى نظام الاتحاد ما يخالفه » .

« ٢ – ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مخاصمة الملاك إذ اقتضى الأمر » .

وتنص المادة ٨٦٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ – أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه » .

« ٢ – ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر –

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٢١ – ٨٢٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٧٠ – ٨٧١ – وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[1] .

٦٣٦ – **تعيين مأمور لاتحاد الملاك** : ولما كان اتحاد الملاك مكونا من ملاك متعددين ، لذلك كان الاتحاد فى حاجة إلى شخص واحد لتنفيذ قراراته ، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك . وهو فى الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ، ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبيا . ويعينه الاتحاد بالأغلبية العادية ، أى بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء . فإذا لم يظفر أحد بهذه الأغلبية ، جاز لأى عضو فى الاتحاد أن يقدم عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها البناء ، يطلب فيها تعيين مأمور للاتحاد ، ويعلن الملاك الآخرين للحضور أمام رئيس المحكمة المشار إليه ليأخذ رأيهم فردا فردا فيمن يرون اختياره . ويصدر رئيس المحكمة أمراً على

= عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٧ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٦ – ص ١٧٨) .

م ٨٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٨ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٦ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٧ ، بعد الاستعاضة عن عبارة « بأمر من القاضى » فى الفقرة الثانية بعبارة « بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٨ – ص ١٨٠) .

[1] التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٢١ – ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٠ – ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

العريضة المشار إليها بتعيين الشخص الذى يكون مأمورا للاتحاد ، ويغلب أن يكون هذا الشخص هو كما قدمنا من بين الملاك أنفسهم .

٦٣٧ — اختصاصات مأمور الاتحاد : ومأمور الاتحاد ، كما هو واضح من نص المادة ٨٦٦ مدنى سالفة الذكر ، هو الأداة التنفيذية للجمعية العامة للاتحاد . وبهذه الصفة يتولى الاختصاصات الآتية :

١ — يقوم بتنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولا عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد .

٢ — يطالب كل مالك بتنفيذ التزاماته ، سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون ، أو مصدرها اللائحة التنظيمية للاتحاد ، أو مصدرها قرارات فردية اتخذها الاتحاد فى جمعيته العامة . ويؤدى حسابا عن ذلك للاتحاد .

٣ — يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها . والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وإدارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هى من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات كما سبق القول . ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلا لابد من القيام به فورا ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد . ويعرض الأمر بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة . وهناك أيضاً من هذه الأعمال ماهو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات فى شأنه . فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العامة للاتحاد فى أقرب جلسة يعقدها .

٤ — يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء . فيرفع الدعاوى باسم الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعاوى ، وهو فى كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون . فهو ليس إذن فى حاجة إلى توكيل خاص ، وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك فى صحيفة الدعوى . ولما كان الاتحاد شخصا معنويا مستقلا عن أشخاص أعضائه كما سبق القول ، فقد يقاضى الاتحاد أحد الأعضاء مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعنا فى قراراته . وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد فى مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له .

٦٣٨ — أجر المأمور وطريقة عزله : وقد تكفلت المادة ٨٦٧ مدنى سالفة الذكر ببيان أمرين :

(الأمر الأول) تحديد أجر للمأمور . ويقوم بتحديد هذا الأجر اتحاد الملاك نفسه إذا كان هو الذى اختار المأمور ، أو يقوم بتحديده رئيس المحكمة الابتدائية إذا كان هو الذى تولى تعيينه . وتمكن إعادة النظر فى الأجر من الجهة التى حددته ، بالنقص أو بالزيادة ، بحسب الأحوال . ويدخل الأجر ضمن التكاليف التى تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء ، فتضاف إليها ، وتقسم بين الأعضاء كل بنسبة حصته كما سبق القول[١]. ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطالب أجراً عليه ، وبخاصة إذا كان واحدا من الملاك . وله الرجوع فى تبرعه وطلب تحديد أجر له ، إذا رأى أن الأعمال الموكولة إليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجراً .

(الأمر الثانى) عزل المأمور . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٦٧ مدنى ، كما رأينا[٢] ، إنه يجوز عزل المأمور « بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل » . والعزل يكون إما لإخلال المأمور بالتزاماته إخلالا واضحا ، أو لعدم صلاحيته لما وكل إليه من العمل ، أو لصيرورته عاجزاً عن القيام بها ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية . وكما يجوز عزل المأمور ، يجوز كذلك أن يتنحى هو نفسه عن القيام بالوكالة المعهودة إليه ، شأنه فى ذلك شأن أى وكيل .

وليس من الضرورى أن تكون الجهة التى قامت بتعيينه هى التى تقوم بعزله ، فقد يختاره الاتحاد ويعزله رئيس المحكمة ، أو بالعكس يعينه رئيس المحكمة ويعزله الاتحاد بالأغلبية المعتادة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجوز عزل السنديك (المأمور) بالأغلبية أو بأمر القاضى ، أيا كانت طريقة تعيينه »[٣]

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٣ .

وإذا عزل المأمور أو تنحى ، يختار أو يعين مأمور غيره ، بالطريقة التي سبق بيانها .

الفرع الثالث

ملكية الأسرة

٦٣٩ — *الغرض من نظام ملكية الأسرة* : استقى المشروع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين المدنى السويسرى ومن المشروع الإيطالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين المدنى الإيطالى ، ولكنه تأثر قبل كل شىء بالبيئة المصرية ذاتها . ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلا ، قبل أن توجد قانونا . وكثير من الأسر ، وبخاصة فى الريف ، تستبقى أموالها ، لاسيما إذا أتى عن طريق الميراث ، شائعا بين أفراد الأسرة ، يديره عميد الأسرة ويقدم حسابا عن إدارته لشركائه فى الشيوع . والعرف هو وحده الذى كان يتحكم فى النظام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقل أن يلجأ أحد من أفراد الأسرة إلى طلب القسمة والاستغلال بنصيبه فى المال مفرزاً . ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب ، بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة يدير أموالها على الوجه الذى يريده ، ويقدم حسابا أو لا يقدم . فأراد المشرع تنظيم هذا الضرب من الشيوع الإجبارى القائم على الاتفاق الضمنى ، فهذب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابة كافية على إدارة الأموال ، وأفسح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء[1] .

وإذا كانت ملكية الأسرة ضربا من الشيوع الإجبارى ، فهى كما سنرى شيوع يفرضه الاتفاق لا القانون ، وهى كذلك شيوع موقت لا شيوع دائم .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض المواد ... لملكية الأسرة ، وهى ملكية استحدثها المشروع عن التقنين السويسرى والمشروع الإيطالى . على أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة بالفعل ، فإن كثيراً من الأسرات يبقى فى الشيوع بعد موت المورث ، ولا ينقص هذه الملكية إلا التنظيم . وهذا ما فعله المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢) .

ونبحث فى ملكية الأسرة أركانها ، ثم أحكامها .

المبحث الأول

أركان ملكية الأسرة

٦٤٠ — *نصوص قانونية* : تنص المادة ٨٥١ مدنى على ما يأتى :

« لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية » .

وتنص المادة ٨٥٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك » .

« ٢ — وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه »[1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٥١ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٢ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ رأى رئيس اللجنة إطلاق الأحكام الخاصة بإنشاء ملكية الأسرة وعدم تقييد إنشائها بوحدة العمل أو المصلحة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، وكذلك رأى عدم تحديد أعضاء الأسرة بدرجة معينة لأنه من الجائز أن الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة من أعضاء الأسرة الواحدة ليسوا من الأقربين . فأجيب بأن « المفروض ألا تنشأ الملكية المشتركة إلا بعد أن تجمع أفراد الأسرة الواحدة وحدة العمل أو المصلحة . وهذه الوحدة هى التى تحدد أعضاء الأسرة الواحدة ، وغالبا ما يكون هؤلاء من الورثة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨٥١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٣ — ص ١٤٤) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، الذى لم يكن يعرف ملكية الأسرة .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٦ – ٨٠٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٥ – ٨٥٦ – وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[١] .

٦٤١ – أركان أربعة : ويستخلص من النصوص سالفة الذكر أن لملكية الأسرة أركانا أربعة هى : (١) اتفاق مكتوب . (٢) ما بين أعضاء أسرة واحدة . (٣) على أموال مملوكة لهم فتكون مالكا للأسرة . (٤) ولمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة .

٦٤٢ – الركن الأول – اتفاق مكتوب : يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا ، كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدنى فيما قدمنا[٢] . والكتابة هنا للانعقاد لا للإثبات ، فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلا ، ولو أقر به المتعاقدون أو وجهت فيه اليمين ؛ وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب أن

= م ٨٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية وهى ما يأتى : « ما لم يقض العرف فى الملكية الزراعية بغير ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢١ . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ ، وذلك بعد حذف العبارة التى كانت واردة فى آخر الفقرة الثانية « لأن نظام ملكية الأسرة نظام جديد ولا عرف فيه » . ووافق عليه مجلس الشيوخ بالتعديل الذى قررته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٥ – ص ١٤٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٦ – ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٥ – ٨٥٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

يكون الاتفاق كتابيا . والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات »[1]. والسبب فى ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل إلى خمسة عشر عاما ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة . ولكن من جهة أخرى لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فالكتابة العرفية تكفى .

والاتفاق هو تراض على إنشاء ملكية الأسرة ، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية فى أعضاء الأسرة المتعاقدين . والأهلية هنا أعلى من أهلية الإدارة ، فالذى يضع ماله فى ملكية الأسرة لا يقوم بمجرد إدارته إدارة معتادة ، إذ هو يقيد من حريته فى التصرف فيه كما سنرى ، وفى الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الملكية سلطات واسعة تجاوز فى كثير من الأحيان حدود الإدارة المعتادة[2]. ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف ، ولابد فيمن يدخل عضوا فى ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية أى بالغا سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال فى شأن التصرف فى أموال القاصر . وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه ، وجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ماله ضمن ملكية الأسرة .

٦٤٣ — الركن الثانى — أعضاء أسرة واحدة : والأصل أن يكون الشركاء فى ملكية الأسرة هم ورثة المتوفى ، إذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا ، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بإبقائه فى الشيوع وترك أحد الورثة يديره مع إعطائه سلطات واسعة فى الإدارة . والورثة يكونون من ذوى القربى ، فيما عدا الزوج والزوجة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ .

(٢) هذا إلى أنه لو أدخل عضو الأسرة مالا مفرزا مملوكا له فى ملكية [illegible] بين أعضائها ، كان فى هذا ضرب من التصرف فى المال المفرز بجعله شائعا (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٦ – وانظر فى أنه تكفى أهلية الإدارة محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ – محمد على عرفة ٣٤٩ ص ٤٦٧) .

فليس من الضرورى أن تقوم بينهما قرابة . فالقول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوى القربى فيه شيء من التضييق ، وينبغى أن تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة . فليس من المتصور أن تقوم ملكية الأسرة ما بين أولاد الأعمام . ولا تقوم ما بين الزوج والزوجة(١) . إذن ينبغى تجنب القول بأنه لتحديد من هم أعضاء الأسرة يجب الرجوع إلى المادة ٣٤ مدنى وهى تنص على أن « ١ – تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه . ٢ – ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . والأولى أن تؤخذ « الأسرة » بالمعنى المألوف فى كلام الناس . فتدخل فى أعضاء الأسرة الزوجة والزوج(٢) ، بل لا مانع من دخول الأصهار إذا كان هناك مقتض لذلك(٣) . والضابط للأسرة هنا ليست هى القرابة ، بل هى « وحدة العمل والمصلحة » ، إذ تقول المادة ٨٥١ مدنى فى صدرها ، كما رأينا(٤) : « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة » . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية : « فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة ، ولا يشترط أن يكونوا إخوة ، وإنما يشترط أن تجمعهم وحدة مشتركة فى العمل أو المصلحة . كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة ، وكما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجوه »(٥) .

---

(١) انظر فى معنى أن أعضاء الأسرة الواحدة يجب أن يكونوا من ذوى القربى ، فلا تمتد ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ – محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦ – حسن كيرة فقرة ١٦٧ ص ٥٧٦ .

(٢) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٧ – وسنرى أن الأجنبى قد يدخل فى ملكية الأسرة ، ولكن لا يكون ذلك ابتداء ، بل نتيجة لبيع أحد أعضاء الأسرة نصيبه لهذا الأجنبى أو تملك الأجنبى النصيب جبرا على عضو الأسرة ، ثم رضاء الأجنبى وباقى الشركاء دخول الأجنبى شريكا معهم (م ٨٥٣/٢ مدنى) – وانظر ما يلى فقرة ٦٤٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ – ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى « أن –

ويستخلص من ذلك أنه يجب فهم « الأسرة » فهما مرنا ، يتكيف بحسب الظروف . فجميع الورثة ، ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة ، يعتبرون أعضاء أسرة واحدة . كذلك لو كان للزوج أو الزوجة أخ مثلا يشترك معه في مال شائع ، وأراد الأخ إدخال هذا المال الشائع في ملكية الأسرة ، فيجب النظر فيما إذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا المال في ملكية الأسرة .

ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة ، ولو على النحو الواسع الذي قدمناه . فلا يكفي أن تقوم بين الشركاء في ملكية الأسرة صداقة وثيقة إذا لم يكونوا من أسرة واحدة ، ولو دعمت هذه الصداقة بدعائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة .

٦٤٤ — الركن الثالث — أموال مملوكة لأعضاء الأسرة : وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨٥١ مدني : « وتتكون هذه الملكية (ملكية الأسرة)، إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أي مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتتكون ملكية الأسرة عادة ، كما قدمنا ، من تركة يستبقيها الورثة على الشيوع لتدار إدارة مشتركة تتسع فيها سلطات المدير ، سعياً وراء حسن الاستغلال واحتفاظا بوحدة التركة . فهي ، أكثر ما تكون ، مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري كما سبق القول[1] . ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف إلى التركة مال آخر شائع أو مال مفرز ، لإدخاله في ملكية الأسرة . بل لا يوجد ما يمنع من أن يتفق أعضاء

= المشرع ، إذ نص في المادة ٨٥١ على وحدة العمل أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق » (إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤ – ص ٣٢٥) . وانظر في هذا المعنى أيضاً منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(١) والمشرع يحرص عادة على استبقاء وحدة هذه المستغلات ، حتى أنه نص في المادة ٩٠٦ مدني على أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ... » . وقد ترى الورثة استبقاء المستغل شائعا بينهم مع إدخاله في ملكية الأسرة ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم .

الأسرة الواحدة ابتداء على تقديم كل منهم لمال مفرز يملكه ، لتتكون من هذه الأموال المفرزة ملكية الأسرة الشائعة ، كما يفعل الشركاء عندما يؤسسون شركة ، غير أن الشركة تعتبر شخصا معنويا هو المالك لهذه الأموال : أما ملكية الأسرة فتبقى مالا مملوكا على الشيوع لأعضاء الأسرة لا مالا مملوكا لشخص معنوى . ويجوز أن تتجمع كل هذه العمليات ، فيبدأ أعضاء الأسرة بتركة شائعة فيما بينهم ، ثم يضيفون إليها ، بعد أن تتكون ملكية الأسرة وتبدو بشائر نجاحها ، أموالا أخرى شائعة أو مفرزة مملوكة لأعضاء الأسرة ، إما مرة واحدة ، أو مرة بعد أخرى(١) .

والمهم أن يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة ، فلا يجوز أن تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلة ، كأن تكون تركة مستقبلة ، على أن كل تعامل فى تركة مستقبلة ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل (٢) .

ويصح أن يكون المال عقارا أو منقولا ، وإن كان الغالب أن يكون عقارا أو منقولا معنويا كالمتجر والمصنع . وإذا كان عقارا وجب تسجيله طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة(٣) .

٦٤٥ — *الركن الرابع — مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة* : وملكية الأسرة لابد أن تكون موقتة ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة . ويجب التمييز هنا بين فرضين : فإما أن تكون مدة قد حددت فى الاتفاق ، أو لم تحدد مدة ما .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يبقيها الورثة ، كلها أو بعضها ، فى الشيوع سعيا وراء حسن الاستغلال . ويجوز أيضاً أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة ، وهذا أقرب إلى الشركة ، ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال استغلالا معينا يقتضى وحدة الإدارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ – ص ١٥٣) .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ .

(٣) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا سنة ١٩٥١ ص ٢٢٤ – محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٧ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٤ .

فإذا حددت مدة فى الاتفاق ، وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا . ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة . عشر سنين أو أقل أو أكثر ، والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة[١]. فإذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، تقيد بها الشركاء فى ملكية الأسرة ؛ وأصبح لزاما أن يستبقوا أموالهم داخلة فى هذه الملكية طوال المدة المحددة . ومن هنا نرى أن ملكية الأسرة أطول بقاء وأكثر استقرارا من الشيوع العادى ، وهذه هى ميزتها . ففى الشيوع العادى لا يمكن الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة إلى خمس عشرة سنة . ويجوز ، بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء ، أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا . ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية ، وإلا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد لا من وقت انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذى قدمناه فى الشيوع العادى[٢] . فإذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أعضاء الأسرة فى الشيوع ؛ ولكن الشيوع هنا يكون شيوعا عاديا لا شيوع ملكية الأسرة[٣] . ولكن مادام شيوع ملكية الأسرة قائما ، لا يجوز فى الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية . ومع ذلك يجوز ، على سبيل الاستثناء ، للشريك « أن يطلب من المحكمة الإذن فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، إذا وجد مبرر قوى لذلك » (م ٢/٨٥١ مدنى)[٤] . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطيعا أن يتابع سير العمل والإدارة فى هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه

---

(١) « وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، أنقصت إلى هذا الحد » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٣٧ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٣) إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

وبين أعضاء الأسرة الآخرين قد ساءت إلى حد لا يرجى معه العودة إلى التفاهم[١] .

وإذا لم تحدد لملكية الأسرة مدة فى الاتفاق ، «كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه» (م ٢/٨٥٢ مدنى)[٢] . فالاتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون إذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة أشهر من إعلان يوجهه إلى سائر الشركاء . ولا يشترط شكل خاص فى الإعلان ، فقد يكون إنذارا على يد محضر ، وقد يكون كتابا مسجلا أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع عبء إثباته على الشريك الخارج[٣] . وفى ملكية الأسرة الزراعية ، تراعى المواعيد التى يحددها العرف الزراعى . وقد كان فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٥٢ مدنى عبارة فى هذا المعنى ، ولكنها حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ . ولا يوجد ما يمنع من مراعاة هذا الحكم بعد حذف هذه العبارة ، فإن الحكم نفسه يتفق مع القواعد العامة[٤] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له فى إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك ، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر ، أو احتاج إلى مال ، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل فى تسويته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤٠ .

(٣) وإذا أخرج أحد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من الإعلان أو لوجود مبرر قوى فيما إذا كانت هناك مدة محددة ، فإن هذا لا يعتبر قسمة للمال الشائع بين الشركاء . فيصح أن يكون إعطاء الشريك نصيبه عن طريق التجنيب ، بل يصح إعطاؤه مقابل نصيبه نقداً إذا تعذر التجنيب (انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

(٤) فالعرف الزراعى مثلا يقضى بوجوب انتظار جنى المحصول ، فيجب تحكيم هذا العرف فى خصوص إخراج أحد الشركاء لنصيبه فى ملكية الأسرة (محمد على عرفة فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٨) . وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ التى حذفت النص الخاص بالعرف الزراعى ، تبريراً لهذا الحذف ، ما يأتى : «لأن العرف الذى يشير إليه النص لم ينشأ بعد ، وهو إن نشأ فى المستقبل فلن يكون هناك ما يحول دون تطبيقه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ – وانظر آنفا فقرة ٦٤٠ ص ١٠٤٤ هامش ١) . وانظر فى هذه المسألة إسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٨ هامش ١ .

المبحث الثانى

أحكام ملكية الأسرة

٦٤٦ – نصوص قانونية : تنص المادة ٨٥٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ – ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبي عن الأسرة ، إلا بموافقة الشركاء جميعا » .

« ٢ – وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه ، فلا يكون الأجنبي شريكا فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء » .

وتنص المادة ٨٥٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ – للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر . وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » .

« ٢ – ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل » .

وتنص المادة ٨٥٥ مدنى على ما يأتى :

« فيما عدا الأحكام السابقة ، تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة »[١] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « فلا يشترك الأجنبى فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى –

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى م ٨٠٨ – ٨١٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٥٧ – ٨٥٩ – وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل[1] .

ويؤخذ من هذه النصوص أن ملكية الأسرة هى ملكية شائعة بين عدد من أعضاء أسرة واحدة ، يملكها هؤلاء الأعضاء على الشيوع ، وليست شخصاً معنوياً تستند إليه هذه الملكية . وهى كملكية شائعة تخضع فى الأصل لأحكام هذه الملكية إلا فيما تميزت به من أحكام ، وكملكية يوكل فيها الشركاء واحداً

= الشركاء » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يكون الأجنبى شريكاً فى ملكية الأسرة » بعبارة « فلا يشترك الأجنبى فى ملكية الأسرة » ، وجاء فى تقرير اللجنة تبريراً لهذا التعديل « أن المراد هو نفى صفة الشريك عن الأجنبى ، والتعديل يجعل هذا المعنى أوضح » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٣ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ – ص ١٤٩) .

م ٨٥٤ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « ... وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل فى الغرض .. » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى الاقتصار بالنسبة إلى سلطة المدير على التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك دون التعديل فى المال المشترك ، ولذلك استبدلت عبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير » بعبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٤ ، ثم أقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٩ – ص ١٥١) .

م ٨٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ – ص ١٥٤) .

[1] (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٨ – ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٧ – ٨٥٩ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

منهم ليديرها تخضع فى الأصل لأحكام الوكالة ، فيما يتعلق بأعمال المدير ، والتزاماته ،[1] ، سواء كان ذلك فى علاقة المدير بالشركاء[2] أو فى علاقته بالغير ، وذلك إلا فيما تميزت به هنا أيضاً من أحكام .

وتتميز أحكام ملكية الأسرة عن أحكام الشيوع العادى وعن أحكام الوكالة فى ناحيتين : ناحية تصرف الشريك فى نصيبه ، وناحية إدارة ملكية الأسرة .

٦٤٧ – تصرف الشريك فى نصيبه فى ملكية الأسرة : يبقى نصيب الشريك شائعا فى ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة مادامت هذه الملكية قائمة . وقد يبقى على هذا النحو مجبراً على البقاء فى الشيوع مدة خمس عشرة سنة إذا حدد هذا الأجل فى الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة ، وفى هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عن الشيوع العادى حيث لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع أكثر من خمس سنوات .

وكما يرد هذا القيد على حق الشريك فى طلب القسمة ، يرد قيد مماثل على حق الشريك فى التصرف فى نصيبه الشائع . وقد قدمنا أن الشريك يملك إخراج نصيبه من ملكية الأسرة إذا حدد لها أجل معين بشرط أن يقوم مبرر قوى لذلك ، ويملك فيما إذا لم يحدد لملكية الأسرة أجل معين إخراج نصيبه بعد انقضاء ستة أشهر من إعلانه الشركاء برغبته فى ذلك . ونضيف إلى ذلك أمرين :

أولا – إنه يملك ، دون إخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، أن يتصرف فى هذا النصيب[3] إلى أحد الشركاء ، فيخرج هو من ملكية الأسرة وتزداد

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٤ .

(٢) ويترتب على ذلك أن سائر الشركاء يكونون مسئولين عما أصاب المدير من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا (م ٧١١ مدنى)، وأنهم يكونون متضامنين قبل المدير فى تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، وأن على المدير إذا كان مأجورا أن يبذل فى إدارة ملكية الأسرة عناية الرجل المعتاد (م ٢/٧٠٤ مدنى) ، وعليه أن يقدم حسابا عن إدارته (م ٧٠٥ مدنى) ، وأن له أن ينيب عنه غيره وتتحدد مسئوليته هو ونائبه طبقا لأحكام المادة ٧٠٨ مدنى . انظر فى ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٥٢ .

(٣) سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا . وسواء كان بالنزول أو بالرهن أو بغير ذلك =

حصة الشريك المتصرف إليه في هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف. بل يجوز للشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي لا لأحد الشركاء ، ولكن يشترط في ذلك موافقة باقي الشركاء . وفي هذا ضرب من المنع من التصرف إلا بموافقة الشركاء[١]. فإذا تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ووافق باقي الشركاء على هذا التصرف ، نفذ التصرف في حق باقي الشركاء . وحل الأجنبي محل الشريك ، لا في ملكية الأسرة ، بل في نصيب الشريك الشائع . فيستطيع الأجنبي إخراج هذا النصيب من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب ، وقد يتفق الشركاء مع الأجنبي على إعطائه مقابلا من النقود . أما إذا أريد أن يحل الأجنبي أيضا محل الشريك في ملكية الأسرة ذاتها ، فلا بد في ذلك من موافقة أخرى تصدر من باقي الشركاء، ولابد أيضاً من موافقة الأجنبي نفسه على بقاء النصيب الذي انتقل إليه في ملكية الأسرة[٢] . وهذا مثل نادر لدخول أجنبي

= من التصرفات (شفيق شحاتة في التأمين العيني طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٧ ص ٣١ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٧٣ ص ٢٠٧ هامش ١ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ – وقارن سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥١ فقرة ٢٢ ص ٢٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٩) .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا باع الشريك نصيبه بغير موافقة الشركاء ، كان تصرفه باطلا ، إذ البطلان هو جزاء المنع من التصرف (م ٨٢٤ مدني) . انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٦٩ – عبد المنعم البدراوي فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ .

(٢) ونرى من ذلك أنه لابد من صدور موافقة باقي الشركاء مرتين ، مرة عند تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي ، ومرة أخرى عند استبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة ، وبهذا تنتفي شبهة التعارض ما بين فقرتي المادة ٨٥٣ مدني . وقد كانت هذه الشبهة أثيرت في لجنة مجلس الشيوخ ، إذ لاحظ أحد الأعضاء أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكم الوارد في الفقرة الأولى التي تحرم على الشريك التصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبي ، فأجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذي يتصرف في نصيبه بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٨) . ولا شك في أن الإجابة التي أدلي بها أمام لجنة مجلس الشيوخ خالية من الدقة . والصحيح – كما جاء في المذكرة الإيضاحية – أن الأجنبي يحتاج إلى موافقة باقي الشركاء في كسب نصيب الشريك أولا ، ثم يحتاج إلى موافقتهم مرة أخرى في إبقاء هذا النصيب في ملكية الأسرة . انظر في ذلك عبد المنعم البدراوي فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ – ص ٢٠٩ – إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٣٠ – حسن كيرة فقرة ١٦٨ ص ٥٨٠ – ص ٥٨١ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٦٦ ص ٢٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٤٠ – ص ٢٤١ – وقارن محمد علي عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٧٠ .

فى ملكية الأسرة ، ولكنه لا يدخل ابتداء بل يدخل عقب تصرف أحد الشركاء فى نصيبه .

ثانيا — إن دائن الشريك يملك التنفيذ على نصيب الشريك فى ملكية الأسرة ، فإذا نفذ عليها وباعها جبراً لأحد الشركاء ، اختص هذا الشريك بنصيب الشريك المنفذ عليه كما فى الفرض السابق . ولكن قد يرسو مزاد نصيب الشريك المنفذ عليه على أجنبي لا على شريك ، فيصبح هذا الأجنبي هو المالك لنصيب الشريك . وله أن يخرجه من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب أو عن طريق المقابل النقدى كما فى الفرض السابق أيضاً . أما إذا أراد الأجنبي البقاء فى ملكية الأسرة ، فلابد هنا أيضاً من موافقة باقى الشركاء على ذلك ، ويكون هذا مثلا نادراً آخر لدخول أجنبي فى ملكية الأسرة (١).

٦٤٨ — إدارة ملكية الأسرة : وتتميز إدارة ملكية الأسرة بأنه يجوز للشركاء أن يعينوا شريكا منهم أو أكثر لإدارة هذه الملكية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٥٤ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحداً أو أكثر » . ويؤخذ من هذا النص أن من يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، وأن المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد أن يكونوا من بين الشركاء أنفسهم ، فلا يصح أن يكون المدير أجنبيا كما يصح ذلك فى الشيوع العادى .

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عينها ، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله . بل إنه يجوز للمحكمة عزل المدير ، دون حاجة إلى أغلبية الشركاء ، إذا طلب

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فإذا تملك أجنبى حصة أحد الشركاء ، سواء كان ذلك فى بيع جبرى ، أو كان فى بيع اختيارى برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء ، فلا يشترك هذا الأجنبى مع ذلك فى ملكية الأسرة إلا [illegible] بين باقى الشركاء ... والغرض من هذا التقييد أن تبق الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الإمكان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٣) .

عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل ، كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير أمين .

ومتى عين مدير من الشركاء لإدارة ملكية الأسرة ، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيراً على سلطات المدير فى الشيوع العادى . فمدير ملكية الأسرة يملك الإدارة العادية كما يملكها مدير الشيوع العادى ، ويملك فوق ذلك الإدارة غير العادية ولا يملكها المدير فى الشيوع العادى . بل إنه لا معقب على إدارة المدير غير العادية هنا ، وهذا بخلاف الإدارة غير العادية فى الشيوع العادى فقد رأينا أن للأقلية حق الالتجاء إلى القضاء[1] .

ولكن يلاحظ أنه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة « فى إدارته غير العادية ، أن يدخل على هذه الملكية من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال » ، إلا أنه ترد على سلطته هذه قيدان : (القيد الأول) أنه لا يملك إدخال تعديلات فى ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالا أخرى ببعض أموالها ، وكل مايملكه هو التعديل فى الغرض الذى أعد له المال لا التعديل فى المال ذاته[2] . (والقيد الثانى) أنه يجوز للشركاء ، بالأغلبية العادية التى سبقت الإشارة إليها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه ، فيقصروها مثلا على الإدارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الإدارة غير العادية .

وليس من الضرورى أن يعين الشركاء مديراً لملكية الأسرة ، وإن كان هذا هو الطريق الأيسر . فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الإدارة ، العادية منها وغير العادية ، ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار إليها سالفا . ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الإدارة غير العادية ، كما يصح

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠١

(٢) انظر التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد آنفا فقرة ٦٤٦ ص ١٠٥٢ هامش ١ .

ذلك فى الشيوع العادى[1] . وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا لم يعين مدير للملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة فى إدارة الشيوع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى القيام بأعمال الإدارة العادية[2] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٨ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ – عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥ – حسن كيرة فقرة ١٣٨ ص ٤٣١ .

فهرس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الصفحة

صفحة

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيد

صفحة

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول – حق الملكية بوجه عام

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

القيود التى ترد على حق الملكية

الفصل الأول – قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى – قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثالث

الملكية الشائعة

الفصل الأول – الملكية الشائعة بوجه عام

صفحة

المبحث الثاني – الإدارة غير المعتادة ٨٢٩

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

لفصل الثانى – الشيوع الإجبارى

صفحة

صفحة

صفحة

ملحوظة : وقعت بعض أخطاء طفيفة فى عناوين بعض تقسيمات الباب الثالث من القسم الثانى من هذا الكتاب (الملكية الشائعة) ، تسهل ملاحظتها . وقد صححت فى الفهرس ، فيرجع إليه فى ذلك .

ما ظهر من أجزاء الوسيط
وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

الجزء الأول – فى مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ .
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ :

الجزء الثانى – فى الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .

الجزء الثالث – فى أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .

الجزء الرابع – فى البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .

الجزء الخامس – فى العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) سنة ١٩٦٢ .

الجزء السادس (مجلدان) – فى العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٣ .

الجزء السابع (مجلدان) – المجلد الأول فى العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) – المجلد الثانى فى عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤ .

الجزء الثامن – فى حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال) سنة ١٩٦٧ .

ما هو تحت الإعـداد

الجزء التاسع – فى أسباب كسب الملكية – الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) .

الجزء العاشر – فى التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمى وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز) .

• • •

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول – فى نظرية الالتزام بوجه عام
(يشتمل على الأجزاء الأول والثانى والثالث من الوسيط)
سنة ١٩٦٦ .

• • •

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثانى – فى العقود المسماة
(يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع من الوسيط) .

الجزء الثالث – فى الحقوق العينية والتأمينات
(يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولا) كتب

١ ـ القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل ـ المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥

٢ ـ الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦

٣ ـ عقد الإيجار سنة ١٩٣٠

٤ ـ نظرية العقد سنة ١٩٣٤

٥ ـ الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨

٦ ـ أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨

٧ ـ التصرف القانونى والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤

٨ ـ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (مقارنة بالفقه الغربى) :

الجزء الأول ـ مقدمة ـ صيغة العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤

الجزء الثانى ـ مجلس العقد وصحة التراضى (الغلط والتدليس والإكراه والغبن فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٥

الجزء الثالث ـ محل العقد فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٦

الجزء الرابع ـ نظرية السبب ونظرية البطلان فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٧

الجزء الخامس ـ آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص فى الفقه الإسلامى (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس ـ آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٩..

٩ – الوسيط فى شرح القانون المدنى (ظهر منه ثمانية أجزاء – انظر آنفا) سنة ١٩٥٢ – سنة ١٩٦٧

١٠ – الوجيز فى شرح القانون المدنى (ظهر منه الجزء الأول – انظر آنفا) سنة ١٩٦٦ ؟

(ثانيا) بحوث ومقالات

١ – الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ – المعيار فى القانون (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة جنى) .

٣ – المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى – مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ – المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧) .

٥ – الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ – الامتيازات الأجنبية (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ – تنقيح القانون المدنى (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية ، وفى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ – من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى (مقال نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ – عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦).

١٠ – مقارنة المجلة بالقانون المدنى (بحوث ألقيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ – المفاوضات فى المسألة المصرية (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .

١٢ – الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر فى مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .